

ANDERSON JÚNIO LEAL MORAES

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Anderson Júnio Leal Moraes

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Iara Menezes Lima.

Belo Horizonte

2011

Anderson Júnio Leal Moraes

Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Dr^a. Iara Menezes Lima (Orientadora) – UFMG

Belo Horizonte, ___ de _____ de 2011

Dedicado à moça-dos-olhos-cor-de-mel.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem devo honrar com todo meu trabalho, no caminho e na chegada.

À Universidade Federal de Minas Gerais, pública e gratuita, da qual colhi frutos durante mais de sete anos.

À minha orientadora, Prof^a. Iara Menezes Lima, pelo esforço tão relevante a este trabalho.

A meus pais, Eustáquio e Lia, que sempre incentivaram meus estudos, enviando-me cheios de esperança a lugares que não puderam visitar.

À minha esposa, Rane, a moça-dos-olhos-cor-de-mel, que, além de me confortar com ternura diária, é a sonhadora de vários dos meus projetos, como foi no tocante a meu regresso à Vetusta Casa de Afonso Pena para este Mestrado.

Aos professores em cujas aulas eu pude reordenar minha pesquisa e construir partes desta dissertação, em especial a Prof^a. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, o Prof. Onofre Alves Batista Júnior e a Prof^a. Maria Fernanda Salcedo Repolês.

Responder antes de ouvir é estultícia e vergonha. (Provérbios, 18: 13).

RESUMO

O presente trabalho examina de que forma as audiências públicas podem ser um instrumento de legitimação da jurisdição constitucional, apesar de não serem vinculantes. Para tanto, o trabalho elabora, no seio das relações entre democracia, Constituição, participação, legitimidade, processo e técnica, uma crítica à regra da maioria, cujas fragilidades podem ser vencidas mediante a atuação da sociedade civil por meio da esfera pública, tendo como marco teórico a teoria discursiva de Jürgen Habermas. Propõe-se as audiências públicas como canalização da influência da esfera pública até os sistemas políticos ou jurídicos. Essa canalização de influência até a jurisdição constitucional, conservando ou fomentando o protagonismo da sociedade civil, é capaz, de um lado, de impedir que o Supremo Tribunal Federal assumira um papel paternalista, derivado de sua proeminência nos tempos atuais, e, de outro, de preencher a lacuna do contraditório no controle abstrato de constitucionalidade. Entendido o contraditório como princípio legitimador de um provimento dado em processo, pois garante a participação dos interessados, conclui-se que as audiências públicas, na medida em que permitem a participação dos interessados num provimento da jurisdição constitucional, legitimam os trabalhos desta.

Palavras-chave: audiências públicas; legitimidade; jurisdição constitucional; democracia; Constituição; esfera pública; processo.

ABSTRACT

The present work analyses how public hearings can present themselves as a mean of judicial review legitimation, despite their non-binding nature. In order to achieve that, the present work elaborates, grounded on the relations between democracy, Constitution, participation, legitimacy, process and technique, a critique to the majority rule, which fragilities might be overcome by the civil society through the public sphere, from the point of view of the discursive theory of Jürgen Habermas. This work presents the public hearings as a channel through which the influence of the public sphere reaches the political or legal systems. This influence channel into the judicial review, maintaining or encouraging the civil society's protagonism, is able, in one hand, to prevent the Brazilian Supreme Court to perform a paternalist role, derivated of its preeminence on the present times, and, on the other hand, supplying the lack of adversarial speech on the abstract constitutional review. Understanding adversarial speech as a legitimating principle of a process conclusion, as it assures the participation of those concerned, the work concludes that the public hearings, as mean of participation of the concerned people on a judicial review conclusion, legitimates its role.

Key-words: public hearings; legitimacy; judicial review; democracy; Constitution; public sphere; process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO	14
2.1 Evolução dos modelos democráticos	14
2.2 Da governabilidade à governança: tensões entre técnica e legitimidade	18
2.3 A esfera pública	25
3 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	38
4 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO	48
4.1 O Judiciário como superego da sociedade	56
4.2 Como o brasileiro vê o seu Judiciário	58
5 PATERNALISMO E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL	64
6 O STF COMO FIGURA PATERNA?	70
7 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E LEGITIMAÇÃO	75
7.1 Audiências públicas	75
7.2 Se as audiências públicas não são vinculantes, como podem ser legitimadoras?	82
7.3 Audiências públicas como canalização de influência	87
7.4 Audiências públicas e processo	92

<i>7.4.1 Contraditório</i>	93
<i>7.4.2 Igualdade e imparcialidade</i>	98
<i>7.4.3 Fundamentação ou Motivação</i>	102
8 CONCLUSÃO	108
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

1 INTRODUÇÃO

É evidente, mesmo para quem não se interessa pelo Direito, que o Supremo Tribunal Federal (STF) vive a sua fase de maior visibilidade. São poucos os dias em que os jornais deixam de mencionar algo sobre o STF, cujas decisões chamam cada vez mais a atenção dos cidadãos. A visibilidade institucional do STF provoca, como seu reflexo, a visibilidade de seus ministros, de quem os cidadãos e os jornalistas já se fazem partidários, o que ficou muito claro após o debate pouco amistoso entre Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa no plenário do Tribunal em abril de 2009¹.

Essa crescente proeminência do STF agora obriga os jornais a melhor dividir seus jornalistas pela Capital Federal, que antes se acumulavam ou no Palácio do Planalto ou no Congresso Nacional e agora dão atenção como nunca ao canto direito da Praça dos Três Poderes. Eles se somam à cobertura feita pela TV Justiça, que transmite ao vivo as sessões da Corte, numa iniciativa singular em todo o mundo.

As audiências públicas realizadas pelo STF, igualmente transmitidas pela TV Justiça e repercutidas pelos jornais, também contribuíram para que atenções se voltassem ao Tribunal. Nesse ensejo, os próprios ministros compreenderam tais audiências como abertura à sociedade (BRASIL, 2007) e democratização do processo judicial (BRASIL, 2008).

A importância de um estudo que se dedique às audiências públicas reside no crescente uso desse procedimento pelo STF nos últimos anos. Muito embora tenham sido previstas nas Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999b), e n. 9.882, de 3 de dezembro do mesmo ano (BRASIL, 1999c), a primeira das audiências somente aconteceu em 20 de abril de 2007. Desde então, foram realizadas um total de cinco audiências públicas, num intervalo de três anos. Elas se relacionaram a:

- Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510 (uso de células-tronco embrionárias), em 20/04/2007;
- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 (aborto de feto anencéfalo), em 26/08/2008;

¹ No dia 22 de abril de 2009, uma quarta-feira, o Min. Joaquim Barbosa criticou decisão tomada pelo STF, num julgamento do qual não havia participado, na qual se acolheu Embargos e concedeu-se modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em reação, o Min. Gilmar Mendes, presidente do Tribunal à época, acusou o Min. Joaquim Barbosa de julgar de acordo com a classe, uma vez que, em outro caso, havia decidido no exato sentido da decisão que criticou. Em seguida, os Ministros trocaram agressões verbais, chegando o Min. Joaquim Barbosa a admoestar o Min. Gilmar Mendes neste sentido: “Vossa Excelência quando se dirige a mim não está falando com os seus capangas do Mato Grosso, ministro Gilmar. Respeite.” (HAIDAR, 2009).

- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101 (importação de pneus usados e remoldados), em 27/06/2008;
- Direito à saúde, em 27/04/2009;
- Ações afirmativas de acesso ao ensino superior, em 03/03/2010.

Com efeito, após negligenciar o procedimento por quase oito anos, a partir de 2007 o STF convocou e realizou uma média de 1,25 audiências públicas por ano, todas para discutir assuntos de grande relevância para a sociedade e objetos de intenso debate no seio da opinião pública. Não parece uma medida a ser descontinuada, mas intensificada. Logo, as audiências públicas necessitam ser objeto de reflexão.

A indagação que inevitavelmente se apresenta diz respeito a que serventia têm as audiências públicas em sede da jurisdição constitucional.

Audiência pública é um procedimento muito simples, a princípio. Alguns diriam que basta chamar cidadãos a dar suas opiniões sobre determinado tema, em local e horário previamente definidos. Mas, se fossem algo tão simplório assim, pouca ou nenhuma vantagem as audiências públicas trariam.

De outro lado, o senso comum pode esperar das audiências públicas que sejam mais do que um espaço para a apresentação de opiniões. Nesse caso, por serem momento de manifestação do entendimento popular, elas deveriam vincular a conduta daquele que tomará a decisão sobre a qual a audiência opina.

Essa última visão tem uma preocupação evidentemente ligada à questão da legitimidade. Entretanto, ela não se coaduna com o sentido dado pelo ordenamento jurídico brasileiro às audiências públicas em sede da jurisdição constitucional. A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), assim como as Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c) não concebem as audiências públicas como vinculantes. Como, então, sustentar legitimação por via delas?

O problema que é motivo da inquietação que, por sua vez, é a razão desta dissertação, refere-se precisamente a saber se as audiências públicas, tal como previstas em nosso ordenamento jurídico, ou seja, não vinculantes, são instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.

Esse problema será explorado à luz da teoria discursiva, especificamente a obra de Jürgen Habermas (1999, 2003a, 2003b, 2004), para quem a legitimidade do Direito advém do discurso racional que lhe dá base, travado no bojo de um processo entre aqueles a quem o Direito se dirige.

Na abordagem do problema e construção de sua resposta, inicialmente será explorada a relação entre democracia e participação. A evolução dos modelos democráticos, da Grécia antiga até a crise atual da democracia representativa, será esboçada para então se cuidar de um movimento mais recente na direção de ampliar participação e conseqüentemente sanar essa crise. Trata-se das ideias sobre governança na Administração Pública, nascidas em sede da tensão entre técnica e legitimidade, problema que também alcança o Direito. Nesse contexto, introduz-se-á o conceito de esfera pública em Jürgen Habermas (2003a, 2003b), apresentada a atuação da sociedade civil por meio dela como proposta de solução para as demandas de participação popular que não podem ser satisfeitas pela democracia representativa e tampouco por sua alternativa, a democracia direta.

Em seguida, o desenvolvimento da dissertação atravessará uma exposição sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Indagar-se-á sobre a dificuldade, à primeira vista, de conceber-se que um juiz não escolhido pelo povo tome decisões que invalidem outras, estas por sua vez proferidas pelos representantes eleitos.

Logo após, será explicado como se operou a ascensão do Poder Judiciário na história moderna do constitucionalismo, encontrando-se hoje sob acusação de ter se tornado o superego da sociedade, no caso alemão (MAUS, 2000), mediante emprego da chamada jurisprudência dos valores. Propor-se-á a leitura dessa acusação sob a luz da história do constitucionalismo brasileiro, examinando a visão que se tem no Brasil do Poder Judiciário, assim como a perspectiva sociológica que aborda a inclinação brasileira à fusão entre público e privado.

Conseqüentemente, chegar-se-á a uma exposição sobre os riscos para a democracia de que o STF, hoje, assuma a condição de figura paterna, como ocorrera em relação ao Imperador do Brasil no exercício do Poder Moderador. Explicar-se-á que esse prejuízo seria evidenciado pela determinação da identidade constitucional brasileira, algo que não deve ocorrer em se tratando de uma democracia.

Então, chegar-se-á a comentários sobre o paradoxo atual do STF. Se por um lado o Tribunal investe na ocupação da identidade constitucional, por outro ele se abre à participação da sociedade nos trabalhos da jurisdição constitucional. Essa abertura é favorável à visão democrática da jurisdição constitucional, pois afasta o STF da condição paternal.

A abertura de que se fala é feita, entre outros instrumentos, pelas audiências públicas. Nesse ponto se adentrará a parte principal do desenvolvimento do trabalho, quando será primeiramente feita uma contextualização das audiências públicas no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas no âmbito da jurisprudência constitucional, abordando-se a legislação a

respeito, além dos conceitos e categorias da doutrina.

A pergunta “se as audiências públicas não são vinculantes, como podem ser legitimadoras?” terá uma seção especial, na qual será feita uma crítica da racionalidade da regra da maioria e também da proposta da democracia direta. Será sugerido que, no caminho para entender as audiências públicas como legitimadoras, deve-se ultrapassar a concepção que defende ser o poder democrático meramente decisório.

Vencida essa concepção, as audiências públicas serão apresentadas como canalização institucional da influência vinda da esfera pública, e, finalmente, como instrumento de instrução processual.

Sustentando o seu poder de legitimação, as audiências públicas serão abordadas como meio de se exercitar o contraditório em processos objetivos, isto é, sem partes. Junto ao princípio do contraditório, o trabalho fará comentários a respeito dos princípios da igualdade e imparcialidade, bem como do princípio da motivação ou fundamentação, defendendo uma codependência (FIORATTO, 2010) entre eles.

Por fim, antes de seguir ao desenvolvimento da dissertação, cabe justificar um dos caminhos escolhidos.

É frequente no trabalho o recurso à legislação e à doutrina do Direito Administrativo, embora o problema da dissertação seja correlato à jurisdição constitucional. Isso decorre essencialmente da falta de literatura a respeito da realização de audiências públicas especificamente no âmbito do Poder Judiciário. Obras em número satisfatório já se dedicaram a comentar a figura do *amicus curiae*, mas pouco há sobre audiências públicas no controle de constitucionalidade, embora ambas tenham sido introduzidas pelas Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c).

Mas no Direito Administrativo o tema foi melhor desenvolvido. Há literatura sobretudo abordando a audiência pública cuja realização é prevista na Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a). Além disso, como o procedimento também encontra previsão na legislação ou nas práticas da Administração Pública de outros países, os autores daqui puderam citar e inspirar-se nos estrangeiros.

Também por essa razão, a propósito, resolveu-se fazer a apropriação da ideia de governança, típica do Direito Administrativo contemporâneo, e aplicá-la ao exame da abertura da jurisdição constitucional. Não pareceu indevida a apropriação, pois a ideia de governança pretende responder à tensão entre técnica e legitimidade, também viva no Direito Constitucional.

2 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO

2.1 Evolução dos modelos democráticos

Desde que colocada em prática pelos antigos gregos, a democracia alentou sucessivas reformulações de seus modelos. Em Atenas, instalou-se o modelo mais simples: os cidadãos, que eram em pouca quantidade, uma vez que se restringiam a homens maiores de idade, não escravos e não forasteiros, decidiam reunidos numa praça pública, as tão famosas ágoras. Estima-se que dos duzentos e cinquenta mil habitantes de Atenas, trinta mil eram cidadãos e apenas uns cinco mil participavam regularmente das assembleias, que eram cerca de quarenta por ano (CARTLEDGE, 2009).

A simplicidade do modelo ateniense obviamente não resiste a arranjos sociais mais complexos. Observada a mesma proporção, uma assembleia dessa espécie em Belo Horizonte, que é apenas o sexto município mais populoso do Brasil, teria cerca de cinquenta mil presentes, número de pessoas que ocupam o maior estádio da cidade em poucas ocasiões (decerto menos de quarenta por ano – lembrando o número de reuniões atenienses), normalmente em grandes jogos de futebol. Se considerado o município de São Paulo, seriam aproximadamente duzentos e vinte mil pessoas.

O suposto prodígio ateniense é também desmistificado à luz da exposição de Renato Janine Ribeiro (2010):

Mas o que esses cidadãos mais decidem? A sociedade grega não conhece a complexidade da economia moderna. Os cidadãos tratam da guerra e da paz, de assuntos políticos, mas parte razoável das discussões parece girar em torno da religião e das festas, também religiosas.

Imaginemos o que é uma pólis grega. Uma assembléia a cada nove dias, sim, mas não para tratar de assuntos como os de grêmio estudantil (que é o órgão moderno mais próximo de sua militância). E sim, com alguma freqüência, para discutir festas e dividir as tarefas nelas.

Não é fora de propósito imaginar que o Rio de Janeiro, Salvador, o Recife e Olinda dariam excelentes cidades-Estado, se decidissem adotar a democracia direta. Fariam constantes festas ao deus Dionísio (o Baco dos romanos), e à volta disso organizariam a vida social. E é bom pensar numa comparação nada acadêmica como esta, porque a tendência dominante, falando da democracia grega, é acentuar sua seriedade – como se fosse um regime feito para tratar das mesmas questões que nos ocupam. Não é o caso. A política era provavelmente mais divertida, até porque era bem próxima da vida cotidiana.

Pois, então, é difícil acreditar na viabilidade de se reunir quase semanalmente cinquenta mil cidadãos no Mineirão para decidir sobre assuntos da cidade. Se ainda assim fossem realizadas as reuniões, mais difícil seria acreditar na viabilidade de discutir e decidir

nelas assuntos de alta complexidade, como os arranjos e rearranjos do trânsito de veículos e transporte de massa. Mesmo as decisões sobre festas seriam complicadas. As discussões sobre festas e eventos religiosos, tendo em vista a pluralidade de credos, mais ainda.

A substituição dos modelos de democracia atuais pela democracia direta à moda grega é algo irrealizável. Se esse modelo grego não foi mais empregado desde a Antiguidade, por que, então, ele emerge nas discussões atuais sobre democracia? Talvez porque esteja sendo revisitado neste presente momento de crise da democracia.

Com efeito, após as revoluções burguesas, a democracia é redescoberta no Ocidente como alternativa ao absolutismo e por isso alardeada como o único regime legítimo, uma vez que institui o “governo do povo, pelo povo, para o povo”, na célebre frase de Lincoln. Jacques Chevallier acrescenta que, entre as várias visões concebidas sobre democracia, terminou vencedora exatamente aquela que teve origem nas revoluções burguesas:

Embora a concepção liberal da democracia tenha tido de enfrentar versões concorrentes, mesmo irredutivelmente opostas, ao longo de todo o século XX, ela tornou-se hegemônica: os modelos alternativos desmoronaram no decorrer da última década; o modelo liberal difundiu-se no mundo inteiro, aparecendo doravante como o único concebível. Tudo se passa como se a globalização não fosse apenas econômica, mas também política e ideológica. (CHEVALLIER, 2009, p. 184).

Diante da vitória da concepção de democracia liberal, a pergunta feita por Chevallier (2009) é evidente: se é vitoriosa, por que está em crise?

A resposta, segundo o citado autor, é que a crise é paradoxalmente um dos próprios mecanismos de funcionamento do regime democrático, na medida em que promove uma indeterminação do poder outrora centrado no rei e, através desse e em última instância, em Deus². Essa indeterminação coloca o regime permanentemente em discussão, sujeitando-o à crítica e à dúvida.

No presente, está-se a discutir e expor à crítica a compatibilidade entre dois pilares da democracia liberal, sendo essa a razão de sua crise. Chevallier (2009) indica que os pilares são o princípio democrático e a lógica representativa.

Pelo princípio democrático é dito que não há poder legítimo senão aquele que emana do povo. Por outro lado, no modelo representativo:

O povo não tem a responsabilidade direta da gestão dos negócios públicos: são os

² A essa conclusão pode-se acrescentar a opinião de Rousseau (1996, p. 84), segundo a qual “não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas quanto o democrático ou popular, porque não existe nenhum outro que tenda tão forte e continuamente a mudar de forma, nem que demande mais vigilância e coragem para ser mantido em sua forma original.”

representantes por ele eleitos que são encarregados de agir e de decidir em seu nome. À diferença da democracia antiga, excludente de qualquer ideia de representação, a democracia liberal foi concebida como uma democracia “governada”, na qual o poder efetivo é exercido por representantes. (CHEVALLIER, 2009, p. 185).

A democracia por meio de representantes é uma necessidade inafastável, mas em contraste com a ideia de governo do povo, pois não é o povo que, ao cabo do processo, exerce o poder e toma as decisões.

Esse problema não foi percebido somente agora, tendo Rousseau (1996) concluído de forma extremada que mediante representação não há democracia e que esses conceitos são até mesmo opostos. Para ele, numa verdadeira democracia as decisões seriam tomadas diretamente pelo povo e, a partir do momento em que essa função é delegada, a forma de governo se altera para a oligarquia, composta pelos próprios representantes eleitos. Em suas palavras:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz, bem merece perdê-la. (ROUSSEAU, 1996, p. 114).

A conclusão de Rousseau obriga-lhe a afirmar que a democracia, apesar de ideal, é impossível, pois não são reunidas condições plenas de sua instalação em lugar algum. Tudo o que um dia se viu e se chamou democracia é nada mais que um simulacro daquela ideia. Porém, esse não é o tipo de problema que pode ser resolvido em revoluções políticas. Rousseau admite, na esteira do já comentado acima, que são as condições fáticas que impedem a implantação da democracia:

Por outro lado, quantas coisas difíceis de reunir não supõe tal governo? Primeiro, um Estado muito pequeno em que seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa conhecer facilmente todos os outros; segundo, uma grande simplicidade de costumes que previna o grande número de dificuldades e as discussões espinhosas; em seguida, muita igualdade nas classes e nas fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir por muito tempo nos direitos e na autoridade; e, enfim, pouco ou nenhum luxo, pois ou o luxo é o efeito das riquezas ou as torna necessárias; [...] (ROUSSEAU, 1996, p. 83).

Então, o uso do termo “democracia” é um incontornável equívoco em se tratando de

um governo por meio de representantes? Não, não é. A partir da inaplicabilidade da democracia direta, a modernidade forjou uma nova concepção de democracia, fundada no método da representação. Trata-se de uma nova definição para uma mesma ideia de democracia. O próprio Rousseau (1996, p. 83), apesar do que diz, admite que a incompatibilidade só ocorre se “tomarmos o termo ['democracia'] no rigor da aceção”.

A democracia moderna ainda é democracia porque demanda que os representantes sejam eleitos livremente pelo povo e que o povo, na eleição, não delegue a sua soberania, tornando os representantes subordinados a ela. Disso decorre que os representantes, após a eleição, não são livres para fazer valer seu arbítrio, mas são permanentemente sujeitos ao controle dos cidadãos (CHEVALLIER, 2009).

Firmada a necessidade prática do modelo representativo e suas justificativas teóricas ao longo da modernidade, no entanto, o governo por meio de representantes perde confiança nos dias de hoje, quando “os cidadãos parecem não se satisfazer mais em ser limitados ao papel restrito que lhes foi atribuído no jogo político”, o que acontece devido à “erosão do crédito de confiança de que os representantes dispõem.” (CHEVALLIER, 2009 p. 190).

Para Chevallier, o crescente absentismo nas eleições opera como evidência da queda de vontade de participar, que, por sua vez, seria um produto da desconfiança popular quanto à democracia representativa. Ele ainda cita a volatilidade eleitoral como indício, passando o eleitor a se comportar como consumidor, pouco hesitando em mudar de campo, por vezes de um extremo ao outro, adotando, inclusive, o voto em branco ou o “voto de protesto”.

É sentido, ainda, o refluxo do engajamento político, diminuindo os partidos em número de filiados e aumentando em número de “candidatos profissionais”, que fazem da legenda um mero trampolim para seu salto na carreira política.

As notícias não são de todo ruins, todavia. Em contrapartida ao recuo da militância tradicional, Chevallier (2009) aponta o aumento dos vínculos associativos no tocante a questões pontuais, identificadas na vida cotidiana, como a defesa de certos direitos (direitos humanos, direitos do consumidor, etc.), de certos bens (meio ambiente, patrimônio cultural, etc.) e de certos grupos minoritários (homossexuais, imigrantes, etc.)³. É a chamada “militância moral”, segundo o autor, em contraposição à ideia de militância partidária. Diz Chevallier que:

Por todas essas características, essa militância é totalmente congruente com a lógica da pós-modernidade: ela reintroduz o indivíduo no coração da ação coletiva; mas também traduz uma desconfiança reforçada quanto ao sistema representativo e a

3 Os exemplos não são inteiramente do autor citado.

mudança em direção a uma concepção ativa de cidadania. (CHEVALLIER, 2009, p. 195).

Nesse ponto, é pertinente retornar a uma outra conclusão de Chevallier, mencionada acima, a de que a crise é mecanismo de funcionamento da democracia. O que a presente crise de representatividade faz, apesar de alguns movimentos de indiferença, é confirmar o segundo dos pressupostos da democracia representativa: a não alienação da soberania pelo povo. Isso porque a crise impele os cidadãos a desenvolverem novos modos de apertar as rédeas de seu controle sobre os representantes, para ratificar a soberania popular apesar da representação.

O desconforto quanto à ideia de representação foi sempre a máquina que fabricou meios de controle sobre os representantes durante a modernidade: a imprensa, as corregedorias e ouvidorias, as ações populares nos tribunais, o próprio controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o *lobby*, o *recall*, entre vários outros. As novas formas de militância são, portanto, uma nova resposta do povo, ainda no exercício de sua soberania, aos seus representantes políticos, a bradar mais uma vez a eles que são seus servidores e não seus soberanos.

A seguir, este trabalho abordará um dos caminhos dessa nova militância, traçado da participação política mais geral até a participação nas entranhas do Estado.

2.2 Da governabilidade à governança: tensões entre técnica e legitimidade

Se a democracia recebe reformas, o Estado, seu servo, também deve receber. Assim, a discussão sobre a relação entre Estado e cidadão fundada numa necessidade de mediação estanque entre os dois, como se fossem categorias impermeáveis entre si, evolui para uma discussão sobre a influência dos cidadãos sobre o Estado de forma interiorizada. Nesse caso, Estado e cidadão se entremetem, passando este a influenciar também o aparelho de funcionamento daquele, como se fosse mesmo um de seus órgãos, não no sentido estrutural da divisão de competências do Direito Administrativo.

Essa reforma democrática no aparelho do Estado pode ser entendida como reforma da burocracia, que, como tipo ideal de Max Weber, firmou-se como o modelo excelente dos Estados ocidentais contra os modelos anteriores, especialmente o patrimonialista. O resultado, segundo Leonardo Valles Bento (2003), é uma administração impessoal, desapaixonada, desumanizada, bem típica da cultura ocidental moderna e capitalista.

E, se vista como técnica, ressalta Bento, é realmente superior ao patrimonialismo. O problema não é a avaliação que se faz dela intrinsecamente ou a sua comparação em face de

outras. O problema é a tensão entre a técnica burocrática e a democracia, pois “a necessidade de critérios técnicos e objetivos de decisão, a par da especialização e complexização progressivas, tende a tornar a burocracia impermeável ao controle e mais ainda à participação direta do público leigo e também dos políticos.” (BENTO, 2003, p. 83).

Ainda segundo Bento (2003, p. 83), isso leva os opositores do crescimento do Estado a se apresentar contra o "efeito colateral 'perverso' da lógica democrática, a partir da universalização do sufrágio, por um lado, mas principalmente pela fragmentação do tecido social num turbilhão de grupos com interesses heterogêneos e contrapostos." Na visão desse grupo, o incremento de participação popular nas estruturas do Estado seria um dos fatores responsáveis por seu inchaço. A solução contra esse mal seria o fortalecimento da técnica e, por conseguinte, da distinção entre política e administração, de modo que esta seja neutra e, assim, mais eficiente. Em artigo, o professor estadunidense Robert D. Behn observa como, para Weber e outros, política e administração deveriam ser momentos bem distintos:

A herança intelectual do atual paradigma da administração pública decorre do pensamento, escritos e proselitismo de Woodrow Wilson, Frederick Winslow Taylor e Max Weber. De fato, os três construíram a base conceitual da atual forma da maioria dos nossos governos. Wilson afirmava que a administração deveria — e poderia — ser separada da política; depois que os responsáveis pelas políticas tomassem as decisões de Estado, a tarefa de implementar tais políticas podia ser delegada àqueles bem versados na ‘ciência da administração’, que executariam a tarefa da implementação da forma mais eficiente possível (1887).

[...]

A ênfase na eficiência tem outra vantagem: ela implica em que a implementação da política pode, de fato, ser separada das decisões políticas. E se há, de fato, uma maneira eficiente de implementar qualquer política, e uma forma ideal de executar qualquer decisão política, então separar a administração da política é razoavelmente factível.

Além disso, a separação entre administração e política permite que o processo governamental esteja conceitualizado de forma clara e linear: as pessoas elegem seus representantes legislativos e chefes do executivo; tais indivíduos (e seus assistentes políticos imediatos) desempenham a tarefa política de desenvolver e decidir sobre as políticas públicas; a seguir, o aparato administrativo do governo determina a forma mais eficiente de implementar cada política e assim o faz; e finalmente, caso algo dê errado, as autoridades eleitas verificam o trabalho dos administradores. (BEHN, 1998, p. 8).

Todavia, pondera Bento que uma segunda geração de estudiosos desenvolveu uma perspectiva oposta. Para além do ganho de legitimidade que lhe é inerente, eles interpretaram o avanço da participação popular não como entrave, mas como ganho de eficiência, na medida em que, por legitimar a escolha dos programas a serem implementados, a crescente participação dos cidadãos na administração do Estado ajudaria a dar estabilidade ao sistema político contra golpes e resistências.

Assim, tendo por base a legitimidade ou a eficiência, "torna-se consenso a tese de que a boa administração não pode ser avaliada segundo critérios puramente técnicos." (BENTO, 2003, 84). Desse modo:

Bons instrumentos de gestão, burocratas especializados e competentes, normas e competências definidas não asseguram, por si só, a eficiência administrativa. A questão da governabilidade ganha novos contornos e dimensões, tornando-se bem mais complexa. O êxito das políticas governamentais requer não apenas a mobilização de instrumentos institucionais técnicos, organizacionais de gestão, controlados por burocratas, mas também de estratégias políticas, de articulação e de coalizões que dêem sustentabilidade e legitimidade às decisões, o que deverá ser feito por quem quer que ocupe o poder, independente do grupo ou partido ou extração ideológica a que se vincule. (BENTO, 2003, p. 84).

O exame feito até aqui revela que, nos tempos atuais, não há apenas um descrédito da representatividade, abordado antes, mas também um descrédito da técnica como ferramenta legítima de decisão. O incremento de democracia por meio da participação popular sobre o aparelho do Estado e, conseqüentemente, a desqualificação da técnica da condição de único método regente da Administração Pública, é também uma demanda da nova militância de que fala Chevallier (2009), que rumo da governabilidade à governança.

Mas qual é a distinção entre governabilidade e governança? Embora as duas dimensões se interpenetrem, segundo Bento:

Governança diz respeito aos pré-requisitos institucionais para a otimização do desempenho administrativo, isto é, o conjunto dos instrumentos técnicos de gestão que assegure a eficiência e a democratização das políticas públicas. [...]. Já *governabilidade*, refere-se às condições do ambiente político em que se efetivam ou devem efetivar-se as ações da administração, à base de legitimidade dos governos, credibilidade e imagem públicas da burocracia. (BENTO, 2003, p. 85, *italico do autor*).

Desse modo, quando acima se falava sobre as demandas de democratização do aparelho do Estado, pois este, fincado no modelo burocrático weberiano, havia se fechado para os não especialistas e deixado a legitimidade a ser preenchida pela técnica, fazia-se uma crítica ao modelo de governança do Poder Público.

Nessa direção, Bento (2003, p. 85) lembra que a “reforma do aparelho do Estado diz respeito à reformulação da forma burocrática de administração e de prestação de serviços públicos, mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas, [...]”.

Essas novas ferramentas de governança têm a oferecer aos cidadãos a vantagem do conhecimento que se adquire de algo dele participando: transparência, autonomia e

responsabilização ativa pelos resultados.

Muito embora os livros fartem-se de discutir governança de modo restrito a questões administrativas, é certo que a tensão entre técnica e legitimidade é também encontrada no seio dos problemas jurídicos.

O louvor da técnica acentuou-se sobremodo durante a modernidade, como reflexo de seu ímpeto de racionalização aplicado sobre todo o universo. O pensamento moderno responsabilizou-se pelo desencantamento do mundo na medida em que difundiu a crença de que este pode ser compreendido e mesmo controlado, haja vista que funciona a partir de leis universais. Logo, a ciência voltou-se a seu contorno instrumental e utilitarista, a técnica, entendida como “qualquer conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer.” (ABBAGNANO, 2007, p. 1106).

Não tardou para que esse desejo de regramento técnico alcançasse o Direito. A atração da técnica, com sua promessa de eficiência, segurança, universalidade e impessoalidade, era inexorável. O Direito deveria ser posto em regras para que acompanhasse o progresso e quem melhor faria isso seria o Estado. Nesse passo, segundo Norberto Bobbio (1995), o Estado reivindicou exclusividade para si a criação do Direito, impedindo que os juízes empregassem outras fontes até então muito comuns. Registra o autor que:

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. (BOBBIO, 1995, p. 28).⁴

Segue Bobbio (1995, p. 28) a comentar que o juiz, que antes era livre órgão da sociedade, com o advento do Estado moderno tornou-se “órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado.” Assim, além da limitação de suas fontes, o juiz sofreu uma segunda restrição em seu trabalho: não tinha mais poder criativo algum, nem mesmo valendo-se da única fonte do Direito admitida, a lei. Foi reduzido a funcionário sem poder decisório,

⁴ Semelhantemente, Habermas (2003a, v. 2, p. 232, itálico do autor) conclui que: “Na medida em que as cosmovisões religiosas cedem o lugar a forças religiosas privatizadas e as tradições do direito consuetudinário são absorvidas pelo direito erudito, pelo caminho do *usus modernus*, a estrutura tridimensional do sistema jurídico se rompe. O direito encolhe, ficando reduzido a uma única dimensão, passando a ocupar apenas o lugar até então reservado ao direito burocrático dos soberanos. De outro lado, o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente.”

com meras atribuições técnicas.

Assumidamente na esteira de Ehrlich, Bobbio (1995) aponta Montesquieu e Beccaria como os dois principais teóricos responsáveis pela estatização do Direito. Consequentemente, pode-se dizer que são responsáveis pela perspectiva que reduz o papel do juiz ao trabalho técnico.

Montesquieu, em defesa de sua tese da separação dos poderes, entendia que uma sentença não pode ser outra coisa senão um texto preciso da lei. Ao juiz não poderia ser dada nenhuma liberdade, pois, se ele pudesse modificar a lei, colocar-se-ia na condição de legislador e o princípio da separação dos poderes seria desrespeitado. Igualmente, seria desrespeitado o princípio da segurança jurídica, pois, segundo ele, vive-se melhor numa sociedade em que o Direito é dado pelas leis, todas conhecidas de antemão, ao contrário do que ocorre com as sentenças.

Por sua vez, Beccaria, penalista que se tornou célebre por sua defesa do princípio da legalidade, afirmava que, em razão desse princípio, o juiz não poderia sequer interpretar a lei, pois ao fazê-lo já estaria dando sentido diverso daquele que deu o legislador. Para ele, a tarefa do juiz é fazer um simples silogismo entre a lei, premissa maior, e o fato, premissa menor.

A evolução dessa perspectiva culminou nas codificações europeias. Segundo Bobbio, o movimento pela codificação representa o desenvolvimento extremo do racionalismo. Thibaut, opinando pela necessidade de codificação do Direito Civil na Alemanha, afirmou que “muitas partes do direito civil são, por assim dizer, somente uma espécie de pura matemática jurídica em cuja posição não pode ocorrer nenhum influxo decisivo, como a doutrina da propriedade, da sucessão, as hipotecas, etc.” (THIBAUT, 1814, p. 62 apud BOBBIO, 1995, p. 59).

Cambacérés, autor de projetos que antecederam aquele que se tornou o Código de Napoleão de 1804, entendia que, após a codificação, questões de Direito perderiam importância. A objeções sobre a dificuldade de separar fato e Direito, ele disse em discurso: “[...] respondo que no futuro os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a serem esclarecidos e que a maior parte será concluída pelo relatório de especialistas ou por uma prova testemunhal.” (CAMBACÈRES apud BOBBIO, 1995, p. 69).

Nesse sentido, o advento do Código de Napoleão de 1804 deu azo à ideia de que ao juiz caberia tão só uma interpretação passiva e mecânica das leis. De acordo com Bobbio (1995, p. 133, itálico do autor), “o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito [...]”. Uma vez que o papel do juiz era declará-la, dizia-se na

França à época que o juiz era a boca da lei.

Portanto, bastaria ao juiz conhecer as leis, tarefa facilitada pelas codificações, para aplicá-la mediante subsunção do fato. Com efeito, a magistratura restou delimitada a uma técnica especializada em conhecimentos e métodos jurídicos já estabelecidos e padronizados. Para Bobbio (1995, p. 133), “empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica.”

Mesmo Hans Kelsen, positivista que, como se verá em oportunidade adiante, não entendeu inteiramente que a atividade do juiz fosse de mera subsunção, advogando que o juiz é também criador do Direito, apesar disso ainda viu o Direito como técnica que, como tal, volta-se a qualquer finalidade. Isso é porque, na teoria de Kelsen, a legitimidade das normas não está relacionada a valores, mas à validade formal.

A ideia de legitimidade de Kelsen é claramente inspirada em Weber – e aqui voltamos a ele. Weber entendia que as leis tiram sua legitimidade a partir da obediência ao procedimento previamente determinado para sua criação e aprovação formal, sendo que esse procedimento de gênese das leis é também determinado pelas leis. Por esse caminho, Weber evita recorrer a um fundamento de legitimidade externo ao Direito, como a moral. Isso equivale a dizer que o Direito se autolegitima.

A questão é que tanto Weber quanto Kelsen estavam preocupados em defender a autonomia do Direito e eles viam a autonomia como qualidade de um sistema fechado (nos dizeres de Kelsen, puro). No caso, o Direito seria um sistema fechado à moral. Se a moral adentrasse o Direito, para eles, o Direito passaria a ser só um ramo da moral. Mais ainda, se isso ocorresse, o Direito deixaria de ser racional, uma vez que Weber “sempre entendeu as ideias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 201).

Logo, as perspectivas weberiana e kelseniana também sustentam a visão do Poder Judiciário como órgão de papel exclusivamente técnico. Elas acrescentam que, como a técnica se legitima por sua própria racionalidade, não é tarefa do juiz buscar a legitimidade da lei fora do Direito. Nesse caso, o juiz deve buscar a legitimidade na legalidade, concluindo que é legítima a norma editada segundo o procedimento definido em lei.

Mas Habermas não se contenta com esse raciocínio circular. Segundo ele, Weber se contradiz em sua defesa da racionalidade do Direito, uma vez que sua busca pela legitimidade na legalidade acaba fundada na tradição. Não há uma fundamentação racional que sustente o procedimento legitimador de Weber, mas tão só confiança ou presunção, como escreve

Habermas:

Mas se a legalidade não significa outra coisa que concordância com uma ordem jurídica faticamente vigente, e se esta, como direito estatuído que por sua vez é, não resulta acessível a uma justificação do tipo prático-moral, então não fica claro de onde a fé na legalidade extrai sua força legitimadora. A fé na legalidade só pode criar a legitimidade se já se supõe a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal. Não há maneira de romper este círculo.⁵ (HABERMAS, 1999, v. 1, p. 343, tradução nossa).

A pergunta inevitavelmente reverberada por Habermas é: qual é a legitimidade do procedimento legal, ou, no mesmo sentido, qual é a legitimidade da legalidade? Ele responde que ela não pode ser encontrada na forma jurídica isenta de moral, como propusera Weber e Kelsen, mas sim numa relação entre Direito e moral (HABERMAS, 2003a).

Mas essa relação não desmentiria a autonomia do Direito? Não segundo Habermas, para quem isso seria verdade apenas se, numa perspectiva platônica, o discurso jurídico fosse considerado um caso especial do discurso moral, como uma subespécie. Mas, para ele, o discurso jurídico e o discurso moral, assim como o discurso político e o discurso pragmático, são ramificações não subordinadas de “discurso”, entendido este como lugar onde se pode formar uma vontade racional (HABERMAS, 2003a).

Ora, embora sejam autônomos, para Habermas os discursos não são incomunicáveis, pois se relacionam por intermédio da democracia. Habermas apresenta a democracia como o liame que comunicativamente entrelaça os diferentes discursos, a exemplo dos discursos jurídico e moral. Assim, valores morais não são impostos juridicamente, mas são convertidos para o código do Direito por via de um processo democrático que se preocupe com o assentimento de todos os possíveis afetados. Assim explica o autor:

Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 2003a, v. 1, p. 138).

Logo, não é Direito legítimo aquilo que um entendeu ser moralmente correto e se impôs sobre os outros, mas sim aquilo que todos os possíveis afetados poderiam aceitar

⁵ “Pero si la legalidad no significa otra cosa que concordancia con un orden jurídico fácticamente vigente, y si éste, como derecho estatuído que a su vez es, no resulta accesible a una justificación de tipo práctico-moral, entonces no queda claro de dónde extrae la fe en la legalidad su fuerza legitimadora. La fe en la legalidad sólo puede crear legitimidad si se supone ya la legitimidad del orden jurídico que determina qué es legal. No hay manera de romper este círculo.”

conjuntamente como o moralmente correto e, por conseguinte, converteram ao Direito. Debaixo da democracia, a justificativa moral do Direito não é subjetiva, como temiam Weber e Kelsen, mas intersubjetiva, isto é, intermediada pelo discurso.

Com isso, Habermas ao mesmo tempo defende a autonomia do Direito e vence o argumento de que o Direito, sofrendo influência da moral, seria irracional, subjetivo ou arbitrário.

Além disso, a visão habermasiana promove a abertura do Direito. Na medida em que a legalidade encontra sua legitimidade no possível assentimento de todos os afetados por ela, garantindo-se as condições procedimentais de manifestação, o Direito deixa de ser campo de técnicos especialistas para ser campo de todos aqueles a quem ele se destina.

Essa abertura dos procedimentos à participação de não especialistas não é assunto novo para a Administração Pública, que, como se explicou no início dessa seção, há algum tempo discute ferramentas democráticas de governança e já as regulamenta e emprega.

Quanto ao Poder Judiciário, pode-se dizer que a abertura já é defendida pelo princípio do contraditório, que chama à participação as partes do processo. Mas, e quanto a processos sem partes, a exemplo daqueles em sede do controle abstrato de constitucionalidade?

Em momento oportuno neste trabalho, o problema dos processos objetivos, isto é, sem partes, será abordado no âmbito da jurisdição constitucional. Na presente seção, deseja-se apenas estabelecer de que forma as discussões sobre governança na Administração Pública podem ser aproveitadas, haja vista que debatem um problema também presente nos estudos sobre a jurisdição constitucional: a tensão entre técnica e legitimidade. Além disso, a defesa da abertura da Administração Pública e da jurisdição constitucional pode ser conduzida pelo mesmo marco teórico: a teoria discursiva na obra de Habermas.

2.3 A esfera pública

Nas seções acima se afirmou as demandas de participação da sociedade nos aparelhos do Estado, mas descartou-se a via da democracia direta em razão de dificuldades relacionadas a infraestrutura. Em outras palavras, acima foi posto o problema e, entretanto, foi afastada a viabilidade de uma das propostas de solução. Agora, a tarefa é oferecer uma nova proposta.

Esta seção pretende abordar o conceito de esfera pública em Jürgen Habermas (2003a, 2003b), vendo-a na qualidade de sistema de controle difuso da sociedade civil, capaz de ressoar a opinião pública e exercer pressão sobre o sistema político.

Pode-se dizer que a preocupação outrora apresentada sobre o fechamento da

burocracia para os não especialistas está bem presente na obra de Habermas. Na medida em que alega que o verdadeiro problema da modernidade é a colonização do “mundo da vida”, o autor oferece subsídios a uma crítica ao modelo de governança vigente (HABERMAS, 1999, 2003a). Ao falar sobre a colonização do mundo da vida, Habermas denuncia a tomada do agir comunicativo pelo agir finalista, que é característico dos sistemas econômico e político, comandados pelo dinheiro e pelo poder, respectivamente.

Essa “vitória” do agir finalista fecha o sistema político em si mesmo e declara-o autossuficiente inclusive em termos de legitimação. Com a demonstração da eficácia da técnica e mediante a defesa de sua pureza e neutralidade, a burocracia busca se autolegitimar sem amparo do poder produzido comunicativamente. Contra isso, Habermas apregoa que:

[...] a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. Sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar por si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade como um todo. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistemas autopoieticamente fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida. (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 84).

A proposta do autor é que o mundo da vida e o sistema político sejam mediados por uma rede de comunicação que, no caso, calha a ele identificar como a esfera pública, ou seja, “a esfera das pessoas privadas reunidas em um público.” (HABERMAS, 2003b, p. 42).

A esfera pública, embora para ela existam metáforas arquitetônicas, como palco, arena e foro, não é um espaço concreto, mas sim uma abstração que revela a passagem das interações simples, tão típicas da esfera privada, para a generalização. Sendo passagem, não é negação, o que torna possível afirmar que a esfera pública é também uma continuidade da esfera privada, “das densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 98). Ela se refere a um desprendimento da presença física, embora não se desfaça dela.

Essa perspectiva habermasiana revela a aptidão do leigo, que vive o seu cotidiano, para o exercício da cidadania nesse próprio cotidiano. A experiência elaborada de modo privado e interpretada num horizonte particular se entrelaça com outras biografias em

contextos de mundo da vida comuns.

Essa cadeia de entrelaçamentos é o caminho de generalização da esfera pública, feita em três níveis, segundo o autor, de acordo com a densidade da comunicação: a esfera pública episódica, formada nos bares, cafês, encontros casuais na rua; a esfera pública como presença organizada nos encontros de pais, no teatro, concertos musicais, reuniões de partidos ou de igrejas; e, finalmente, a esfera pública abstrata, produzida pela mídia⁶. Habermas (2003a, v. 2, p. 107) assevera que, “apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas.”

Agora de modo mais incisivo, é possível dizer que a esfera pública não pode ser entendida de maneira concreta, como instituição, organização ou estrutura normativa. Ela “pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 92, *itálico do autor*). Se é preciso usar uma metáfora, para se afastar um pouco das abstrações e facilitar o entendimento, pode-se dizer que a esfera pública é uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco, ou um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade (HABERMAS, 2003a).

As ações tomadas pelo sistema político ecoam na esfera pública e retornam ao sistema político na forma de influência. Salienta Habermas que:

Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do *showbusiness*, etc.). (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 95, *itálico do autor*).

Quanto a possíveis críticas a respeito da atuação desses grupos e pessoas proeminentes, a dizer que influenciam internamente a própria esfera pública, abafando, assim, as vozes dos “comuns”, Habermas cuida de afirmar a veracidade dessa interpretação, mas sem visão negativa sobre ela. Mesmo quando os grandes grupos de interesses usam a esfera pública para ecoar egoisticamente assuntos de proveito próprio, mantêm essa verdade odiosa apenas no campo das intenções ocultas. Nenhum desses grupos declara abertamente sua intenção de influenciar a esfera pública em vantagem para si, porque sabem que a revelação

⁶ Aqui, os meios de tecnologia da informação e comunicação ganham relevância cada vez mais acentuada, especialmente as experiências com a *Web 2.0*. Na *Web 2.0*, a mídia, que mesmo nos passos iniciais da *internet* era unilateral, evoluiu para a multilateralidade e os leitores são chamados (ou demandam eles mesmos) a assumir o papel de autoria do conteúdo.

da trapaça custaria a perda da vantagem desejada. Habermas assegura que:

[...] as opiniões públicas que são lançadas graças ao uso não declarado de dinheiro ou de poder organizacional perdem sua credibilidade, tão logo essas fontes de poder social se tornam públicas. Pois as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força. Essa circunstância pode ser esclarecida pelo fato de que nenhuma esfera pública pode ser *produzida* a bel-prazer. Antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 97, itálico do autor).

Sendo certo que se pode especular, mas nunca perscrutar os propósitos ocultos dos outros, ao ator na esfera pública, bem ou mal intencionado, somente cabe trabalhar o convencimento dos seus pares para dar eco às suas opiniões. Assim, “a influência política que os atores obtêm sobre a comunicação pública, tem que se apoiar, em última instância, na ressonância ou, mais precisamente, no assentimento de um público de leigos que possui os mesmos direitos.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 96).

Essa mesma perspectiva é aplicável a atores especialistas, que verdadeiramente ganham destaque e influenciam a esfera pública, mas fazem isso por intermédio do convencimento dos leigos. Nesse âmbito de ascensão participativa, em que os especialistas dependem da ressonância da razoabilidade de sua técnica também entre os leigos, fica evidente que a tecnocracia está de prazo vencido. A participação na esfera pública, segundo Habermas (2003a), requer tão somente o domínio da linguagem natural.

Assim exposto, vê-se que o poder da esfera pública é de influência. A influência, embora possa se canalizar sob a forma concreta, por exemplo, de passeatas, também opera de maneira abstrata e difusa. Exatamente em razão desse caráter abstrato e difuso, ela não trabalha como um aparelho que possa vincular concretamente o sistema político de conformidade com a opinião pública, à moda do voto direto.

Apesar disso, há uma vantagem em relação à alternativa da democracia direta: a influência gerada na esfera pública se sustenta sem exigir em demasia do indivíduo, isto é, sem embaraçar o desenvolvimento da esfera privada. Isso porque a influência difusa se constrói no dia a dia⁷ e, por isso, passeia naturalmente entre a esfera privada e a esfera pública, nos juízos trabalhados comunicativamente. O exercício da autonomia na esfera pública não substitui o homem pelo cidadão, mas faz viver o cidadão por intermédio do homem.

⁷ Vale a pena voltar a citar Chevallier (2009), que cunha a expressão “democracia do cotidiano” para designar o preenchimento das lacunas da democracia representativa mediante a influência dos cidadãos no funcionamento dos serviços públicos que lhes são prestados.

Por outro lado, a esfera pública não suplanta a razoabilidade da técnica, mas passa-a pelo crivo. Nesse ponto a proposta também parece ser superior à do voto direto, pois oferece menor risco de que decisões sejam tomadas populisticamente. Uma vez que na esfera pública a influência sobre o sistema político é construída argumentativamente, absorvendo, inclusive, observações especializadas, as promessas vazias de sentido feitas pelas autoridades públicas são mais facilmente desmascaradas.

Segundo Habermas, não é desejável que a esfera pública opere de modo plebiscitário, como se mais valesse a contagem de votos que a crítica. A aquisição desse caráter plebiscitário é hoje, para Habermas, um dos problemas ocasionados pela decadência do modelo de esfera pública burguesa, abordado em seu livro “Mudança estrutural da Esfera Pública” (2003b).

A propósito, a referida obra traz diversas ponderações a respeito do funcionamento e eficácia da esfera pública que demonstram que os conceitos trabalhados por Habermas, e explorados acima, são ideais e não necessariamente retirados das coisas tal como são. Isso quer dizer que Habermas não ignora os embaraços de comunicação na esfera pública.

Nesse livro, Habermas relaciona o surgimento da esfera pública com o liberalismo, explicando que suas discussões, a princípio, correspondiam fundamentalmente às questões de mercado, privadas, mas publicamente relevantes. Ele cita os salões das cortes, as casas de café ou de chá como exemplo de primeiras instituições da esfera pública, primeiro para crítica literária, depois para crítica política. Tais reuniões eram privadas e não abertas, como modo de proteção contra os interesses que elas ameaçavam. Em alguns casos, eram até sigilosas, como a maçonaria.

Habermas ressalta que o burguês era pessoa privada e, como tal, não governava. Ele fazia questão de se manter como pessoa privada, pois esse era seu negócio, vendo com incômodo os desejos intervencionistas do governo. Assim, suas reivindicações contra o governo não se dirigiam a exigir a partilha do poder, mas a modificar o próprio conceito de dominação vigente. Disso decorre que a influência sobre o governo almejada pela esfera pública não quer transformar cidadãos em funcionários do Estado, mas modificar o modo como se governa, como escreve Habermas:

De acordo com a sua própria intenção, a opinião pública não quer ser limitação de poder nem ela mesma quer ser poder, muito menos fonte de todos os poderes. Antes, em seu meio, deveria modificar-se muito mais o caráter do poder executivo, a própria dominação. A “hegemonia” da esfera pública é, de acordo com a sua própria concepção, uma ordem em que a própria dominação se dissolve; *veritas non auctoritas facit legem* [a verdade, não a autoridade, é que faz a lei (NT)].

(HABERMAS, 2003b, p. 102, itálico do autor)

Mas o definitivo engajamento da esfera pública na política se dá, conforme Habermas, na Inglaterra da virada do século XVIII, quando forças que não tinham poder dentro do Estado, mas queriam tê-lo, apelaram para o público pensante a fim de legitimar suas reivindicações. A partir daí, assiste-se a um crescente aumento da publicidade das medidas da Coroa e do Parlamento. A pressão da esfera pública conseguiu vencer até mesmo a vedação de publicidade que vigia a respeito dos debates parlamentares e, em 1803, os jornalistas obtiveram o direito de colocar-se nas galerias do edifício parlamentar. Logo, a imprensa, que antes se resumia à venda de notícias de forma compilada, ganhou contornos de órgão crítico.

Paralelamente ao trabalho em favor da publicidade no governo, a esfera pública discutiu as codificações para defender a esfera privada dos burgueses, isto é, o intercâmbio entre os particulares sem interferência do Poder Público, garantindo a liberdade contratual, por exemplo. Relata Habermas (2003b, p. 95) que “através de concursos e enquetes, a opinião pública também participa da elaboração do código onde organismos parlamentares não existiam ou, como na França napoleônica, permaneceram ineficazes.” Ainda segundo o autor, as codificações, na qualidade de sistemas normativos racionais que dispensam subjetividades, em si, já refletiam o que os burgueses desejavam do Estado:

A idéia burguesa de Estado de Direito, ou seja, a vinculação de toda a atividade do Estado a um sistema normativo, à medida do possível sem lacunas e legitimado pela opinião pública, já almeja a eliminação do Estado, sobretudo como um instrumento de dominação. Atos de soberania são considerados apócrifos *per se*. (HABERMAS, 2003b, p. 102, itálico do autor).

Habermas opina que a esfera pública se consolida na qualidade de republicana em Kant, que a relaciona com autonomia. Como é legítima para o sujeito a lei à qual ele escolheu se submeter, a esfera pública toma importância, pois esta aponta as escolhas do povo. Neste ponto, Habermas faz questão de dizer que, a despeito da semelhança com o pensamento de Rousseau, Kant se diferencia por pressupor o uso público da razão. Para Kant, essa razão há de apontar, no seio da esfera pública, qual é o Direito natural e qual a conformidade guardada entre este e as ações políticas:

Diante do tribunal da esfera pública, todas as ações políticas devem poder ser remetidas às leis que as fundamentem e que, por sua vez, estão comprovadas perante a opinião pública como leis universais e racionais. No âmbito de um regime plenamente sujeito a normas (que reúne “numa ordem plenamente justa” a constituição civil e a paz eterna), a lei natural da dominação é substituída pela soberania das leis jurídicas – a política deve passar a ser fundamentalmente moral.

(HABERMAS, 2003b, p. 132).

Por isso, Habermas explica que, segundo Kant, a esfera pública é mediadora entre política e moral, sendo esta conformadora daquela, pois é desejável que as normas jurídicas coincidam com o Direito natural dos homens.

Entretanto, Habermas segue a expor que Hegel põe em dúvida a expectativa de Kant, pois não acredita que a sociedade possa funcionar dessa forma, como se operasse pelo Direito natural. Ele crê que os conflitos imanentes da esfera privada liberal ameaçam fazê-la sucumbir e, por isso, a esfera pública não pode ser mediadora entre política e moral.

Segundo Habermas, Hegel vê a esfera pública já como ideologia, pois não está internamente emancipada da dominação; ela mesma reproduz a dominação, fazendo uso dela para construir e manter sua unidade. Considerando que a esfera pública está naturalmente inclinada à desorganização, ela precisa organizar-se politicamente para ganhar sobrevida. Nas palavras de Habermas:

Hegel desativa a concepção de esfera pública burguesa porque a sociedade, anárquica e antagônica, não representa a esfera, emancipada de dominação e neutralizada quanto ao poder, do intercâmbio de pessoas privadas autônomas, capaz de converter autoridade política em autoridade racional. Mesmo a sociedade civil não pode prescindir da dominação; sim, proporcionalmente à sua tendência natural à desorganização, ela exatamente precisa de integração através do poder político. (HABERMAS, 2003b, p. 147).

Na esteira de Hegel, Marx denuncia que a opinião pública é uma falsa consciência a esconder que não representa a todos, mas apenas ao interesse burguês. Como há cidadãos excluídos da esfera pública, ela não pode ser identificada com a nação, assim como a sociedade civil burguesa não pode ser identificada com a sociedade de modo geral. Ademais, Marx observa que a liberdade de contratar, outrora entendida como emancipatória, cria suas próprias relações de dominação, a começar pela relação contratual entre o proprietário dos meios de produção e o trabalhador assalariado.

Logo, de acordo com Habermas, Marx conclui que a esfera pública é na verdade controlada pela esfera privada, isto é, pelos proprietários. Em razão disso e alternativamente, a fórmula de esfera pública socialista seria aquela em que autonomia não se baseasse na propriedade, mas na própria esfera pública. Assim, a esfera pública se livraria da política (entendida como forma de dominação de homens sobre homens) para operar no público (entendido como autonomia entre todos os homens). Abaixo, mais bem explicado por Habermas:

Marx tira da dialética imanente à esfera pública burguesa as conseqüências socialistas de um antimodelo, no qual se inverte de modo peculiar a relação clássica entre esfera pública e esfera privada. [...] De acordo com esse modelo, autonomia não se baseia mais em propriedade privada; ela tem de ser fundamentada na própria esfera pública. Autonomia privada é um derivado da autonomia originária, que o público dos cidadãos instaura a partir do exercício das funções da esfera pública socialmente ampliadas. As pessoas privadas serão antes pessoas privadas de um público do que o público será um público de pessoas privadas. No lugar da identidade de *bourgeois e homme*, de proprietário privado com ser humano, surge a de *citoyen e homme*; a liberdade do homem privado define-se segundo o papel do homem como cidadão; o papel do cidadão não se define mais pela liberdade do homem como proprietário privado. A esfera pública não intermedeia mais, então, uma sociedade de proprietários privados para o Estado, mas, muito mais, o público autônomo se assegura, através da configuração planejada de um Estado que brote da sociedade, enquanto pessoas privadas, uma esfera de liberdade pessoal, de lazer e de locomoção. Aí, a convivência pessoal e íntima dos seres humanos entre si terá se emancipado pela primeira vez, como uma convivência realmente “privada”, da coação do trabalho social, este permanente “reino da necessidade”. (HABERMAS, 2003b, p. 154 e 155, itálico do autor).

Conforme Habermas, a contundência da crítica de Marx ainda não pôde refundar a ideia de esfera pública, mas contribuiu para relativizar a configuração daquele conceito estritamente burguês. A esfera pública se ampliou, mas dentro da própria sociedade de classes, o que ocorreu em razão da expansão dos direitos de igualdade política.

Além disso, Habermas escreve que o intervencionismo estatal que cresceu a partir do último quarto do século XIX marcou mudanças na configuração de limites entre o público e o privado e forçou ainda mais revisões no modelo de esfera pública burguês. De um lado, o Estado assumiu atividades que até então eram deixadas a cargo da iniciativa privada; de outro, regulamentou iniciativas privadas que ainda se sustentavam, dando-lhes forma de instrumento e instituição pública.

Assim, a liberdade de contratar tomou contornos diferentes. Regulamentada no sentido de proteger a parte mais fraca, a exemplo do trabalhador, transformou-se o contrato, de instituto de Direito Privado, em, pelo menos parcialmente, instituto de Direito Público. Noutro exemplo, Habermas diz que a proteção dada ao inquilino transformou o contrato de locação quase numa relação de uso público do espaço.

Ademais, quando o Estado passou a ofertar garantias contra riscos clássicos, como desemprego, acidente, doença e velhice, transferiu para si um dever de amparo que tradicionalmente pertencia à família, que então deixou de ser produtora de benefícios para tornar-se consumidora deles. Sobre os efeitos dessa interpenetração entre público e privado, Habermas comenta:

O modelo da esfera pública burguesa contava com a separação rígida entre setor público e setor privado; a esfera pública das pessoas privadas reunidas num público, que fazia a mediação entre Estado e as necessidades da sociedade, era computada ela mesma no setor privado. À medida que o setor público se imbrica com o setor privado, este modelo se torna inútil. Ou seja, surge uma esfera social repolitizada, que não pode ser subsumida, nem sociológica nem juridicamente, sob as categorias do público ou do privado. Neste setor intermediário se interpenetram os setores estatizados da sociedade e os setores socializados do Estado sem a intermediação das pessoas privadas que pensam politicamente. (HABERMAS, 2003b, p. 208).

Como se não bastassem essas razões que, segundo Habermas, apontam por si a decadência do modelo de esfera pública burguesa, ele comenta também as mutações por que passou a imprensa durante a modernidade. Para o autor alemão, a imprensa, na sua primeira fase, cuidava tão só da compilação e venda (ou transporte) de notícias; na segunda fase, quando se tornou formadora de opinião, os jornais se transformaram de meros publicadores em porta-vozes e condutores da opinião pública, bem como meios de luta da política partidária; finalmente, na terceira fase, quando passou a vender espaço para publicidade, a imprensa alcançou a qualidade de empreendimento verdadeiramente comercial, orientado ao lucro. Sobre essa última fase:

A história dos grandes jornais na segunda metade do século XIX demonstra que a própria imprensa se torna manipulável à medida que ela se comercializa. Desde que a venda da parte redacional está em correlação com a venda da parte dos anúncios, a imprensa, que até então fora instituição de pessoas privadas enquanto público, torna-se instituição de determinados membros do público enquanto pessoas privadas – ou seja, pórtico de entrada de privilegiados interesses privados na esfera pública. (HABERMAS, 2003b, p. 217).

Habermas entende que, mediante a comercialização na imprensa, a publicidade (tomada agora no sentido de propaganda manipulativa) invade a esfera pública⁸, o que é sentido também na dinâmica dos partidos políticos e do Parlamento:

Os partidos estavam agora perante a tarefa de, com a ajuda de novos métodos, “integrar” a massa dos cidadãos – que já não eram mais propriamente “burgueses” – para fins eleitorais; as reuniões dos eleitores com o deputado local para prestar contas teve de dar lugar à propaganda sistemática. Só então é que surgiu algo como a propaganda moderna, que, desde o começo, passou a exhibir a máscara de Janus de iluminismo e manipulação, informação e publicidade, didatismo e manipulação. (HABERMAS, 2003b, p. 237).

O próprio Parlamento desenvolveu-se de acordo com isso, deixando de ser uma corporação que discutia, pois o mero “amém” parlamentar de resoluções previamente negociadas por baixo do pano não obedece apenas a uma prescrição

⁸ Habermas não deixa de comentar os investimentos estatais em jornalismo, contrastando isso com a visão liberal que dizia que a imprensa deveria manter-se em mãos privadas para proteger-se de interferência do Estado. Agora, o Estado deseja manter uma imprensa estatal inclusive sob a alegação de que essas mãos privadas ameaçam a função crítica do jornalismo.

formal: serve para demonstrar, para fora, a vontade do partido. De uma “assembléia de homens sábios, escolhidos como personalidades únicas de camadas privilegiadas, que procuravam persuadir-se mutuamente com argumentos, através de discussões públicas, na suposição de que a decisão tomada, então, pela maioria seria o verdadeiro e o correto para o bem-estar do povo”, o Parlamento passou a ser a “tribuna pública em que, perante todo o povo que, através do rádio e da televisão, participa de modo todo especial nessa esfera pública, o governo, com os partidos que o apóiam, apresenta e defende a sua política perante o povo, enquanto a oposição ataca essa política com a mesma abertura, apresentando alternativas”. (HABERMAS, 2003b, p. 240).

Entretanto, Habermas oferece uma proposta de solução para libertar a esfera pública dessas degenerações. Segundo ele, para eliminar esses embaraços de comunicação seria necessário publicizar as esferas privadas que se apossaram da esfera pública com fins manipulatórios, a exemplo do ocorrido em jornais e partidos. A democratização e a transparência interna desses meios de formação de opinião poderia devolvê-los à qualidade de instância crítica. Nas palavras de Habermas:

A fim de atender a tais funções no sentido de formar democraticamente a opinião e a vontade, elas precisam, em primeiro lugar, estar organizadas em sua estruturação interna de acordo com o princípio da “publicidade” e possibilitar, institucionalmente, uma democracia intrapartidária ou intrínseca à associação: permitir uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão. [...] Mesmo o jornalismo político deve, como todas as instituições que exercem uma influência privilegiada, de modo demonstrativo ou manipulativo, na esfera pública, por sua vez estar subordinado ao mandamento democrático de ser abertamente público. (HABERMAS, 2003b, p. 244-245).

Logo, é possível dizer que Habermas reconhece a decadência do modelo burguês de esfera pública, mas reafirma seu potencial legitimatório, uma vez que os espaços críticos, apesar da concorrência da publicidade manipulativa, ainda sobrevivem no Estado social, visto que esse não é descontinuidade do Estado liberal:

A esfera pública política do Estado da social-democracia está marcada por duas tendências divergentes. Enquanto configuração decadente da esfera pública burguesa, dá espaço a uma publicidade demonstrativa e manipulativa desenvolvida por sobre as cabeças do público aí intermediado. Por outro lado, o Estado da social-democracia burguesa, à medida que resguarda a sua continuidade com o Estado liberal de Direito, ele se fixa no mandamento de uma esfera pública politicamente ativa, em decorrência da qual o público mediatizado por organizações deveria colocar em movimento, através delas mesmas, um processo crítico de comunicação pública. Na realidade constitucional do Estado da social-democracia (capitalista), há uma disputa dessa figura da “publicidade” crítica com aquela publicidade que é organizada apenas com fins manipulativos. (HABERMAS, 2003b, p. 270).

Ademais, a exaltação da esfera pública feita por Habermas em “Direito e Democracia” (2003a), que abriu a presente seção deste trabalho, comprova a perseverança do autor em sua

defesa, a despeito de suas próprias críticas, uma vez que “Direito e Democracia”⁹ é obra posterior a “Mudança estrutural da Esfera Pública”¹⁰.

Segundo Reese-Schäfer (2008), as obras mais recentes de Habermas revelam sua opinião no sentido de que o Estado social chegou ao seu limite por meio da burocratização e juridificação, a partir do que ele passa a defender a esfera pública e a sociedade civil, ao invés de uma democratização ampla do Estado e da economia, pois “não pretendem elas próprias exercer poder político, mas certamente têm influência e, sobretudo, também estão em condições de atuar restringindo arenas submetidas à lógica do poder político.” (REESE-SCHÄFER, 2008, p. 34).

Esse otimismo sobre a esfera pública hoje é ainda alimentado pelo encanto das novas mídias, em especial a *internet*, de tal forma que esses dois conceitos já são alvo de correlação instintiva por parte do público em geral e também dos estudiosos. Não são poucos os pesquisadores que buscam somar aos estudos sobre esfera pública, incluída a obra de Habermas, exames sobre sua (in)compatibilidade com a *internet*¹¹. Nesse caminho, Francisco Marques, falando por vários outros:

Não são poucas as assertivas que atestam uma revitalização da democracia e de suas instituições com o advento das novas tecnologias de comunicação e informação, mais destacadamente a internet. Dentre as teses mais populares, estão algumas razoavelmente plausíveis, mas não suficientemente investigadas, como a de que o Estado tornar-se-ia próximo do cidadão por oferecer serviços de modo conveniente e ágil, e por ganhar transparência (FERGUSON, 2002, p. 104; CEBRIÁN, 1999, p. 17). Há ainda proposições mais polêmicas que sustentam que, com a internet, decisivamente o caráter de oligopólio que marca a comunicação massiva contemporânea seria enfraquecido, no qual se protegeriam os grandes conglomerados de informação e entretenimento (MORAES, 2001; GUIDI, 2002, p. 183).

Para asseverar a euforia com a qual o tema muitas vezes é tratado, basta associar "internet" à "esfera pública" (um dos principais fundamentos da democracia contemporânea) nos formulários dos diversos buscadores disponíveis na rede e constatar que centenas de referências deslizam pela tela em poucos segundos.

Em verdade, seria pouco inteligente descartar toda a gama de possibilidades democráticas abertas por este sistema de comunicação digital, mais plural, dinâmico e que realça o oferecimento dos vários pontos de vista. Como defende Daniel Bounoux, todavia, "(...) nossas relações técnicas estão necessariamente engastadas em relações pragmáticas que as precedem e as dirigem. Está-se de acordo, hoje, ao dizer que se a ferramenta autoriza, ela raramente determina"(BOUGNOUX, 1999, p. 107). (MARQUES, 2006, p. 165).

Em especial, cresce a importância da *internet* para fins de estudo sobre a esfera

9 Publicado na língua original primeiramente em 1992.

10 Publicado na língua original primeiramente em 1962.

11 Deve ficar claro que problematizar a esfera pública na *internet* seria assunto para outro trabalho. O singelo objetivo, aqui, é apenas comentar de que forma as apostas na esfera pública parecem promissoras, a despeito dos ruídos de comunicação apresentados por vários autores, inclusive o próprio Habermas. A ideia de uma esfera pública virtual seria uma das razões dessas apostas.

pública na medida em que aquela pode ser apresentada como algo que pode vencer algumas das objeções feitas a esta.

Pela *internet*, o modelo de imprensa empresária, fundado na mercantilização do trabalho jornalístico, é afrontado. O encurtamento das distâncias, a desnecessidade de grande infraestrutura para publicação e, conseqüentemente, a desnecessidade de um mediador que ofereça os meios de produção, estimula o surgimento de novos modos de organizar e divulgar informações.

Os *blogs* jornalísticos são um exemplo. Embora nem todos sejam desligados da imprensa convencional¹², neles o jornalista escreve diretamente ao leitor, desenvolvendo temas e textos ao seu talento, em postagens geralmente abertas a comentários. Pode-se dizer que os *blogs* são um lampejo de um retorno ao jornalismo de opinião, que Habermas situou em fase anterior à transformação da imprensa em empreendimento capitalista.

Menos comuns que os *blogs*, mas não menos interessantes, são as iniciativas de jornalismo cooperativo que exploram a chamada *web 2.0*¹³, em que artigos e reportagens são voluntariamente enviados por cidadãos que não necessariamente têm vínculo com o meio de publicação¹⁴.

Certamente, um dos aspectos mais atrativos da *internet*, sobretudo no contexto da *web 2.0*, é a multilateralidade da transmissão da informação e da troca de opiniões. Ao contrário do que ocorre no modelo comum usado por jornais impressos ou de televisão, as notícias e opiniões publicadas na *internet* logo adentram uma espiral que pode incluir, apenas por exemplo: registro de comentários, debate entre os comentaristas ou entre os comentaristas e o autor do texto comentado, indicação e reprodução da publicação por meio de redes sociais,

12 No Brasil, alguns dos mais conhecidos *blogs* jornalísticos estão situados nos portais dos grandes jornais e revistas.

13 *Web 2.0* é um conceito relacionado a serviços oferecidos pela *internet* que tomam proveito da inteligência coletiva, agregando a participação do cliente, ou de uma comunidade, ao produto final, opostamente a modelos desenvolvidos no início da popularização da rede mundial, que se ofereciam acabados ao consumidor. Os exemplos mais populares a empregar esse conceito talvez sejam o sistema de buscas *Google*, que mensura o quão comentada é uma página (por meio de *links* publicados em outras páginas) para ordenar os resultados de pesquisa oferecidos ao usuário; e a *Wikipedia*, enciclopédia cujos artigos são redigidos pela comunidade de internautas, que também lhes atualiza e controla a qualidade.

14 Dois exemplos brasileiros: o *Overmundo* (“<http://www.overmundo.com.br>”), um portal colaborativo de temática cultural, aberto ao envio de conteúdo que pode ser publicado mediante aprovação dos demais usuários; e o *Minha Notícia* (“<http://minhanoticia.ig.com.br/>”), canal de jornalismo colaborativo do portal “iG”, em que cidadãos podem enviar notícias que, se selecionadas, são publicadas. Mas há exemplos estrangeiros que parecem mais relevantes. O *OhMyNews* (“<http://ohmynews.com/>”) foi um jornal colaborativo da Coreia do Sul cujo conteúdo integral era de autoria de “cidadãos repórteres” de vários países. O periódico, que chegou a ter versão impressa, por razões financeiras, deixou de operar como canal de notícias e agora dedica-se a só comentar o chamado “jornalismo cidadão”. *The Huffington Post* (“<http://www.huffingtonpost.com/>”), por sua vez, é um jornal voltado apenas à *internet* e que, além de notícias elaboradas por um corpo próprio de jornalistas, abriga cerca de três mil *blogs* de autores independentes que opinam especialmente sobre política. O *The Huffington Post* também já teve experiências de jornalismo colaborativo.

onde também recebem comentários e incitam debates, comparação entre o discurso em tela e outros contrapostos ou semelhantes já produzidos e produção de novos textos a serem submetidos ao mesmo processo de publicação.

Embora muitas críticas à ideia de uma esfera pública virtual, relativas sobretudo à falta de racionalidade ou civilidade nos debates pela *internet*, sejam pertinentes e ponham em dúvida o bom funcionamento da espiral sugerida acima, ainda entusiasma a capacidade de a rede mundial, em virtude da mitigação dos velhos limites de tempo, espaço e distância, ressoar a influência do público leigo mais eficazmente que os botequins ou associações de vizinhos¹⁵, onde também não se pode garantir racionalidade e civilidade nas discussões¹⁶.

Por fim, a transparência interna das entidades atuantes na esfera pública, que é solução apresentada por Habermas para superar a manipulação opinativa, parece mais fácil de se alcançar na *internet*, inclinada à colaboração aberta e não institucionalizada, que nos meios de comunicação de massa ou nos partidos políticos.

15 Para citar exemplos, apenas, de locais onde a esfera pública se manifesta de modo mais presencial.

16 Nesse sentido, Francisco Marques comenta: “Se são diversas as ressalvas à internet enquanto esfera pública, por outro lado não se pode negar que muitos debates só se concretizam por causa do advento desta modalidade de comunicação. O ambiente digital pode ser tachado de caótico, dominado por empresas que visam apenas o lucro, pouco afeito à racionalidade, onde não se realiza debate de qualidade ou ainda que não é levado à sério pelas instâncias decisórias do sistema político. Mas a constatação que deve ser feita é a de que o debate racional entre cidadãos comuns, por exemplo, se não acontece na internet, também não parece acontecer rigorosamente fora dela. Em outros termos, deve-se considerar que, funcionando mal ou bem, pelo menos o ambiente digital abre a oportunidade para a exposição de opiniões e formação de arenas conversacionais, instâncias antes pouco prováveis ou mais difíceis de se realizarem.” (MARQUES, 2006, p. 183).

3 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Acima, viu-se que questões têm entre si a democracia representativa e a soberania popular. Entendeu-se que, a despeito do modelo representativo, a democracia moderna merece ser chamada de democracia porque o povo não abriu mão de sua soberania. Mas a soberania popular não é tema a ser discutido apenas no que tange à escolha de representantes no governo.

Certamente, também se discute de que modo haveriam de se harmonizar a soberania popular e a jurisdição constitucional, especialmente em se considerando a dificuldade de conceber que um juiz não escolhido possa tomar decisões que invalidem outras tomadas pelos representantes eleitos pelo povo. Ao cabo, a jurisdição constitucional pode significar que o povo não decide sobre tudo.

Todo o poder da jurisdição constitucional advém do fato de ela ser responsável pela guarda da Constituição, ainda que contra o trabalho do legislador representante popular. As escolhas legislativas feitas pelos delegados do povo estão sujeitas, em última instância, ao entendimento do tribunal constitucional.

Essa submissão do legislador é justificada, segundo as correntes constitucionalistas, pela superioridade de alguns preceitos sobre outros, no caso, os preceitos constitucionais sobre o restante. Entretanto, as correntes divergem a respeito do motivo da superioridade desses preceitos sobre os outros. Abaixo, sem pretensão de esgotar a discussão, resume-se as correntes em três: a que parte do Direito natural, a que se baseia na vontade e a que se desenvolve em torno da ideia da contenção democrática como respeito da democracia por si mesma.

A corrente jusnaturalista moderna justifica a superioridade dos preceitos constitucionais a partir da defesa da existência de uma lei superior dada pela natureza. Não se trata mais de um apelo metafísico, como era o caso do jusnaturalismo de outrora. Os iluministas entenderam que é pela razão que se descobre o Direito natural, da mesma forma que é pela razão que se examina as leis universais da natureza.

A essas leis universais e imutáveis devem se sujeitar as leis humanas. Pode-se afirmar que o papel da Constituição, segundo os jusnaturalistas, é elencar quais são esses direitos naturais que nem mesmo a vontade popular poderia revogar. A elaboração desse elenco de direitos, fruto da sede sistematizadora iluminista, concretizada nas Constituições ou nos códigos, terminou alimentando a transição do jusnaturalismo para o positivismo.

Uma vez que os direitos naturais haviam sido incluídos e consolidados em um

documento, nenhum esforço seria necessário para que os direitos fossem ditos pelos juízes. O emprego da razão na busca dos direitos na natureza fora substituído pelo exame mais singelo das leis deitadas nos códigos. Ao juiz caberia aplicar aquilo que de antemão a autoridade do monarca ou dos representantes do povo definiu como o Direito. Nessa etapa de aplicação da lei ao caso concreto, a vontade da autoridade já havia fechado a discussão sobre o que a razão demandava da lei, restando ao intérprete da lei tão só o exame gramatical ou, quando muito, da vontade do legislador, a chamada interpretação autêntica.

Assim, o positivismo jurídico foi substituindo o foco na natureza pelo foco no voluntarismo, apregoando que as leis e mesmo a Constituição não são dadas pela natureza, mas construídas pela vontade dos homens. Essa mesma vontade cria hierarquia entre leis comuns e leis constitucionais, o que justifica a sujeição daquelas a estas. Nesse sentido, mesmo a contenção da vontade popular por meio de sua submissão à Constituição é também vontade, pois assim foi decidido quando da promulgação dessa Lei Fundamental. “No que se refere à compatibilidade da jurisdição constitucional com o princípio democrático”, diz Gustavo Binenbojm que:

O positivismo jurídico oferece a seguinte resposta: ao realizar o controle de constitucionalidade das leis, o juiz constitucional atua de forma rigorosamente *neutra*, sobrepondo a vontade do legislador constituinte, expressa no texto da Constituição, à vontade do legislador ordinário. A ideia é a de que a vontade da *maioria governante* de cada momento não pode prevalecer sobre a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei Fundamental. (BINENBOJM, 2010, p. 60, itálico do autor).

Mas, ainda no seio do positivismo jurídico, a ideia de neutralidade dos juízes terminou criticada por Hans Kelsen, que vislumbrou a impossibilidade de o juiz aplicar a norma sempre mediante simples subsunção. Isso porque o conteúdo das normas é insuficiente para elencar todas as possibilidades de decisão do juiz, sendo tarefa deste não apenas conhecer a norma, mas também criá-la. Para Kelsen, a diferença entre o trabalho do legislador e do juiz não é qualitativa (como se o primeiro fosse criador de leis e o segundo mero aplicador), mas quantitativa, possuindo o legislador liberdade em grau maior que o juiz, no que tange à possibilidade de escolhas substantivas. Diz ele que:

[...] a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. (KELSEN, 2003b, p. 393).

Logo, apesar de atacar a ideia de neutralidade do juiz, a teoria de Kelsen ainda repousa sobre o voluntarismo. Afinal, como não se pode esperar do juiz que apenas se submeta à vontade do legislador expressa na norma, admite-se que ele mesmo, o magistrado, embora limitado às interpretações possíveis que caibam na moldura, atue segundo sua vontade. Frente à obra de Kelsen, Binbenojm (2010, p. 62) opina pela “radicalização do positivismo e, simultaneamente, o seu esgotamento”, expondo ainda que o voluntarismo em Kelsen não solucionou o conflito de legitimidade entre a jurisdição constitucional e a soberania do povo:

Não obstante, a constatação de Kelsen de que o exercício da jurisdição (e ainda mais agudamente, o exercício da jurisdição constitucional) envolve uma atividade *volitiva* – e não apenas *cognitiva*, como supunha a hermenêutica tradicional – gera um problema teórico cuja solução não é encontrada dentro do paradigma positivista. Como compatibilizar a função dos Tribunais Constitucionais, que se traduz em uma jurisprudência essencialmente criativa e construtiva, com a produção legislativa de órgãos políticos diretamente legitimados pelo povo, sem comprometimento quer da soberania popular, quer da supremacia da Constituição? (BINENBOJM, 2010, p. 73, *itálico do autor*).

Para Ronald Dworkin (2006), esse conflito de legitimidade é um falso problema. O jurista estadunidense entende que só há incompatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia se adotado um conceito a seu ver equivocado a respeito dessa última. O equívoco estaria ligado a um pressuposto que correlaciona democracia e vontade da maioria. Segundo ele, esse pressuposto não coaduna com uma concepção constitucional de democracia. Dworkin assim expõe sua ideia sobre democracia:

Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional da democracia – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. (DWORKIN, 2006, p. 26).

Em síntese, Dworkin advoga um conceito de democracia que está sujeito ao respeito próprio. Ele fala de uma democracia que encontra limites nas suas próprias condições de existência, que são os direitos fundamentais. Com efeito, o governo democrático que não possui instrumentos para garantir a manutenção da igualdade de todos os cidadãos, permitindo, por exemplo, que um plebiscito promova segregação racial, assume o risco de que seus fundamentos sejam abalados. Na medida em que a regra da maioria for usada para

afastar indivíduos da condição de cidadãos, esse governo deixará de ser governo do povo para ser governo de uns sobre outros, ou seja, deixará de ser democrático. Uma democracia fundada tão só sobre a regra da maioria seria uma democracia autofágica.

Por essa razão, Dworkin (2006) defende que não há o que fazer senão aceitar que o *judicial review*, sendo meio, ainda que contramajoritário, de se garantir os direitos fundamentais, é um instituto democrático. Ele entende que o compromisso da democracia não é com a soberania da maioria, mas com a igualdade. E arremata:

Por isso, [a concepção constitucional de democracia] não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas objeções sejam causa de arrependimento moral. (DWORKIN, 2006, p. 26).

Isso permite dizer, como bem anota Sérgio Moro (2004), que, na tese de Dworkin, para saber se um ordenamento jurídico é democrático, não se deve perguntar como são feitas as leis, mas o que elas dizem. Numa democracia, as leis dizem que os homens são todos livres e iguais.

Nessa esteira, Dworkin (2006) defende que o papel da jurisdição constitucional é fazer a leitura moral da Constituição, demandada em razão de a exposição constitucional sobre esses direitos fundamentais se dar por meio de princípios gerais e abstratos, como a igualdade e a liberdade. Como, diante da infinitude das peculiaridades dos casos concretos, não há outra solução senão a invocação desses princípios gerais e abstratos, a leitura moral irá conduzir o intérprete à solução mais justa. Segundo as palavras do autor:

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral – o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam – e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa – a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia –, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Devem decidir se o fundamento moral verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia. (DWORKIN, 2006, p. 2).

Até aqui, a exposição de Dworkin parece se aproximar do voluntarismo, pois a leitura moral poderia ser vista como uma abertura de oportunidades para a arbitrariedade judicial, na medida em que abrigaria decisões construídas livremente a partir de juízos morais particulares

dos juízes. Mas Dworkin não admite o voluntarismo. Pelo contrário, parte de seu trabalho é uma tentativa de superar o voluntarismo judicial, especialmente aquele representado pela obra de Herbert Hart.

Para Hart, como o Direito não pré-determina as soluções para todos os casos concretos, na ausência de regras a respeito, ou mesmo na ausência de clareza das regras a respeito, o juiz pode agir discricionariamente. Portanto, a teoria de Hart se assemelha à de Kelsen, já esboçada acima, para quem há uma “moldura” dentro da qual estão as opções aceitáveis de decisão do juiz, que escolhe uma delas, ao cabo, conforme sua vontade, tendo a autoridade para isso reconhecida pelo Direito.

Contra a discricionariedade, Dworkin defende a existência de uma única solução correta para cada caso concreto. Diante das múltiplas possibilidades de interpretação, que Dworkin não descarta, ele aponta a integridade como ideia chave para afastar o voluntarismo e conduzir o intérprete à única solução correta. Escreve o autor que:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.). (DWORKIN, 2006, p. 15).

O recurso analógico tomado por Dworkin para explicar sua ideia de integridade, isto é, a menção a um romance em cadeia, parece mesmo ser a melhor forma de explicar o que ele tem em mente. Em “O Império do Direito” (2007b) ele esclarece mais detalhadamente como os juízes podem ser comparados a autores de um trabalho literário. Dworkin chama o leitor a imaginar um projeto no qual um grupo de romancistas escreve um romance em série, em que cada um, ao receber os capítulos já escritos pelos autores precedentes, deve interpretá-los e, finalmente, acrescentar seu próprio capítulo.

A esperança do projeto é que, ao final, o romance, a despeito das várias cabeças que lhe construíram, tenha uma integridade racional, que lhe dê sentido do início ao fim, não se podendo dizer que um ou outro capítulo destoou do trabalho conjunto ou desrespeitou algo que foi redigido em capítulo diverso. Nas palavras de Dworkin:

Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. (DWORKIN, 2007b, p. 276).

Ressalte-se que, para o jurista estadunidense, os autores (ou os juízes) subsequentes não estão rigidamente vinculados ao trabalho dos antecessores. Ele afirma que “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram.” (DWORKIN, 2007b, p. 274). Assim, as reviravoltas na história não deixam de ser aceitáveis, pois, desde que sejam feitas por fidelidade a princípios, não prejudicam o ideal de integridade, mas o confirmam. Dworkin acrescenta:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2007b, p. 264).

Todavia, Dworkin reconhece que esse trabalho de vigilância pela integridade é sobre-humano e, então, para ilustrar sua teoria, lança mão de um ideal de juiz igualmente sobre-humano, cujo sugestivo nome é “Hércules”. Muitas das críticas recebidas por Dworkin ao seu trabalho se dirigiram especificamente a Hércules, acusando-o de endossar e representar o solipsismo judicial, a ideia platônica de governo de filósofos ou um governo de especialistas.

José Emílio Medauar Ommati (2004) vê um equívoco nessas acusações e diz que os críticos não leram Dworkin em sua melhor luz. Segundo ele, Hércules não pode ser tomado senão como uma figura de linguagem e, ademais, a integridade é exatamente uma proposta da obra de Dworkin contra o solipsismo.

É mesmo necessário destacar que a integridade é a chave do argumento de Dworkin contra a discricionariedade positivista. Por meio da integridade, Dworkin quer afirmar que o juiz não é livre para decidir e por isso não trabalha solitariamente, pois deve acompanhar-se

de todo o encadeamento histórico de argumentos a respeito do tema que examina, criando sua fundamentação em consideração a esse contexto. Ommati escreve que:

Aqui, começamos a perceber que Dworkin não acredita em um juiz Hércules que, sozinho, decidiria todos os casos como também a única decisão correta não é a única decisão correta aqui e agora e não mais modificável. Ora, se o Direito deve ser visto como integridade, e a integridade requer a atenção à história e se essa história jurídica se produziu a partir de decisões passadas, decisões essas que foram produzidas em um processo, logicamente esse processo para ser válido utilizou-se dos argumentos das partes para a produção da decisão. Ou seja, embora não esteja claro em Dworkin, a decisão do Magistrado é produzida em um processo, que deve respeitar a própria igualdade e liberdade das partes de produzirem seus argumentos e suas provas. Em outras palavras, Dworkin pressupõe sempre a idéia de que a produção da decisão se dá de forma compartilhada, em simétrica paridade entre as partes, em contraditório. (OMMATI, 2004, p. 162).

Ademais, Dworkin não ignora que mesmo o juiz Hércules, ao decidir, deitará na sentença suas próprias convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso não significa que Hércules decida segundo sua paixão. Os argumentos produzidos a partir de tais convicções se apresentam na sentença não como ataque à convicção oposta, mas como instrumento para convencer sobre a correção da decisão. A convicção do juiz, muito embora possa transparecer, perde relevância em favor de seus argumentos. No texto adiante, Dworkin explica que a convicção íntima do juiz não tem força independente de seu argumento:

Ele [Hércules] não seguirá aquelas teorias clássicas da decisão judicial que mencionei anteriormente, que supõem que um juiz segue as leis ou os precedentes até que a clareza de orientação dos últimos deixe claro que ele está livre para agir por sua própria conta. Sua teoria diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções. (DWORKIN, 2007a, p. 184).

Além disso, os argumentos empregados pela decisão, ainda que a serviço das convicções íntimas do juiz, estão todos expostos à crítica pública num regime democrático. É por isso que se pode avançar na proposta de Dworkin e afirmar que cada capítulo do “romance em cadeia” não é fechado logo após a decisão do juiz. Ele obtém continuidade na crítica pública. Afinal, como o próprio Dworkin (2005, p. 171) defende, “embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa.”

Nesse sentido, como já defendeu Ommati (2004), a obra de Dworkin é aproveitada pelas teses procedimentalistas¹⁷, na medida em que afasta o juiz da condição de sábio

17 Ommati (2004) alega que mesmo Jürgen Habermas e Ingeborg Maus, na defesa do procedimentalismo,

iluminado, superior, que melhor que os outros pode decidir sobre os valores da sociedade. Jürgen Habermas, opositor da ideia de que o juiz é o único intérprete qualificado da Constituição, acolhe a obra de Peter Häberle para indicar, em sua visão, qual é o papel do Tribunal Constitucional:

Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. (HABERMAS, 2003a, v. 1, p. 347).

Häberle (1997) é defensor da abertura do campo de intérpretes da Constituição. Ele advoga que, como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. Para Häberle, a metodologia de interpretação que dá ênfase ao papel do jurista de profissão corresponde à “sociedade fechada e deve ceder em benefício de uma metodologia da “sociedade aberta”, formada por todos aqueles que vivem materialmente a Constituição e que não necessariamente são intérpretes profissionais.

Essa abertura é uma demanda da não aceitação acrítica das decisões em sede de jurisdição constitucional. O ditado segundo o qual “decisão judicial não se critica, apenas se cumpre” é uma má herança de nossa tradição jurídica, fundado em nossa cultura autoritária que, para se justificar, tomou o positivismo como sua sustentação teórico-científica (BINENBOJM, 2010).

Segundo Binenbojm (2010, p. 116 e 117), “decisão judicial se critica, sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associações de moradores”. Ademais, defende o mesmo autor que “a fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no 'plebiscito diário' a que estão sujeitas suas decisões [...]”.

Assim, a vigilância argumentativa da sociedade deve ser companheira do juiz durante e mesmo após sua decisão. Após a decisão, o Judiciário deve se alimentar contínua e perpetuamente da crítica, conduzida e reverberada pela esfera pública. Durante a decisão, ou, melhor dizendo, durante o processo, deve se alimentar do contraditório ou, ainda, no caso de processos objetivos, dos procedimentos que venham a mitigar a ausência de contraditório. Esses procedimentos, a exemplo das audiências públicas em sede do controle abstrato de

fizeram leitura incompleta de Dworkin, quando entenderam que sua proposta de leitura moral se confunde com a ideia de “administração da moral”. O problema do Judiciário na qualidade de “administração da moral”, em Maus, é explorado na seção 4.1 deste trabalho.

constitucionalidade, visam a ampliar a participação argumentativa dos interessados no provimento judicial, que podem ser toda a sociedade.

Com efeito, a perspectiva discursiva corresponde à participação argumentativa de todos os interessados. Habermas insiste no tema sobre participação porque deseja assentar sua ideia de legitimidade do Direito no assentimento dos cidadãos a respeito das normas às quais se submetem. Dessa forma, os cidadãos não seriam apenas destinatários das normas, mas também seus autores, ou, no caso de um processo judicial, não seriam apenas destinatários do provimento, mas também seus autores. Mais uma vez, está-se rechaçando a ideia de um governo de especialistas, em que somente estes são autores.

Para isso, o Direito deve garantir processos de comunicação por intermédio dos quais os cidadãos possam discutir os temas que tangenciem seus interesses e assim colaborem ativamente para o provimento. Nas palavras de Habermas:

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o *uso público* da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. (HABERMAS, 2003a, v. 1, p. 164, *itálico do autor*).

Essa é também a forma por meio da qual Habermas pretende conciliar soberania do povo e direitos humanos. Para ele, tais direitos possibilitam a soberania e, por isso mesmo, não a limitam, pois, “como condições possibilitadoras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, [...]” (HABERMAS, 2003a, v. 1, p. 165, *itálico do autor*). Desse modo, pode-se afirmar que também para Habermas a contenção da democracia é respeito da democracia por si, ou, melhor ainda, pode-se afirmar que o respeito da democracia por si sequer permite que os direitos humanos sejam chamados de contenção da democracia.

Logo, embora os fundamentos de Dworkin e Habermas sejam diferentes, “direitos fundamentais e democracia, tanto para Dworkin como para Habermas, convivem numa relação de implicação recíproca.” (BINENBOJM, 2010, p. 117).

Assim, em que pese a diversidade de linhas teóricas, a modernidade consolidou os

direitos humanos como alicerce dos regimes democráticos e, por conseguinte, elevou o Poder Judiciário a um papel cuja tamanha relevância jamais havia alcançado, haja vista que lhe coube, na grande maioria dos países ocidentais, a guarda desses direitos fundamentais. A seguir, é intenção deste trabalho demonstrar como ocorreu essa ascensão e como, ademais, essa mesma ascensão ameaça permitir ao Poder Judiciário extrapolar seu papel democrático.

4 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Pode-se dizer que a história moderna do constitucionalismo, isto é, após a queda do absolutismo, permite ver a soberania popular e a Constituição numa gangorra, na qual o baixar de uma é impulso para o subir da outra. Um problema essencial na teoria política do séc. XVIII era este: quem deveria prevalecer em caso de conflito, a soberania popular ou a Constituição? O conflito é assim comentado por Maurizio Fioravanti:

A situação do último quarto do século XVIII poderia ser representada nos seguintes termos: de um lado, a tradição constitucionalista do poder limitado; de outro, a aspiração nascente de pôr em discussão a forma política e a própria tradição pelo próprio povo, que no caso de Rousseau era, sem receio, definido como soberano. As duas tendências se apresentavam de maneira profundamente divergente e até oposta. A primeira pertencia ao campo da constituição, a segunda pertencia ao campo da soberania. A tradição constitucionalista condenava a ideia nascente de soberania popular, pois via nela a produção de uma ruptura da ordem constitucional, a dissolução do vínculo de obediência política aos poderes constituídos e, também, a perda do valor da própria constituição, e, assim, de todos os equilíbrios dos poderes e entre os poderes, que, ao menos no caso inglês, representavam a melhor garantia possível a favor dos próprios direitos dos indivíduos. E, pelo contrário, quem sustentava a necessidade de refundar as instituições políticas sobre a base da vontade popular terminava inevitavelmente, como no caso de Bentham, considerando a constituição algo embaraçoso, ou quem sabe como uma ficção construída para manter vivos alguns poderes, como os do rei e das aristocracias parlamentares inglesas, irresponsáveis em essência frente ao povo. A constituição temia a soberania popular, e o povo soberano temia a constituição.¹⁸ (FIORAVANTI, 2001, p. 102, tradução nossa).

Mas é necessário voltar a um pouco antes, ao séc. XVII, para fazer referência à experiência inglesa de instituição de um governo limitado, a ideia central do constitucionalismo moderno. Com efeito, a burguesia inglesa dera início ao processo de ruína do absolutismo, submetendo o monarca às restrições impostas pelo Parlamento e tomando algumas de suas competências, como a tributação. Apregoava-se, então, que a soberania do

18 *“La situación del último cuarto del siglo XVIII podría representarse así en los siguientes términos: por una parte, la tradición constitucionalista del poder limitado; por otra, la aspiración nascente de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo, que en el caso de Rousseau era sin medias tintas definido como soberano.*

Las dos tendencias se presentaban de manera profundamente divergente e incluso opuesta. La primera pertenecía al campo de la constitución, la segunda pertenecía al campo de la soberanía. La tradición constitucionalista condenaba la idea nascente de la soberanía popular, en la que veía la producción de una ruptura del orden constitucional, la disolución del vínculo de obediencia política en relación a los poderes constituidos y, también, la pérdida del valor de la misma constitución, y así de todos los equilíbrios de los poderes y entre los poderes, que al menos en el caso inglés representaban la mejor garantía posible a favor de los mismos derechos de los individuos. Y, por el contrario, quien sostenía la necesidad de refundar las instituciones políticas sobre la base de la voluntad popular terminaba inevitablemente, como en el caso de Bentham, por considerar la constitución como algo embaraçoso, o quizás como una ficción construida para mantener vivos unos poderes, como los del rey y las aristocracias parlamentarias inglesas, irresponsables en esencia frente al pueblo. La constitución temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución.”

povo havia instaurado um novo modelo de governo e que o Parlamento, instituição em que se reúnem os representantes do povo, passaria a ser o legítimo condutor dos destinos do Estado.

A revelar como o libertador de uns pode se tornar o opressor de outros, é curioso notar que, se a Revolução da Inglaterra se fez contra a tributação promovida pelo rei absolutista, a Revolução das colônias americanas da Inglaterra se fez contra a tributação infligida pelo Parlamento. Tendo diante de si e como seu opressor o Parlamento inglês, que tributava as colônias sem que estas tivessem direito a representação (de onde vem a conhecida máxima “*no taxation without representation*”), os americanos haveriam de invocar instância ainda mais alta para se salvar, e assim cuidaram de erguer a Constituição acima das leis, reivindicando o respeito destas àquela. Segundo Fioravanti:

A constituição americana nasce sob o lema da oposição da constituição à lei do parlamento. Assim, nas deliberações da assembleia da Virgínia de 30 de maio de 1765, podemos ler que a imposição de tributos pelo parlamento inglês deve ser considerada “ilegal, inconstitucional e injusta”. É a primeira vez que o conceito de “constituição” é adotado contra a lei em sentido plenamente normativo, com a explícita intenção de considerar essa lei inválida, não criadora de uma obrigação legítima.¹⁹ (FIORAVANTI, 2001, p. 104, tradução nossa).

Após a independência das colônias, problemas institucionais também afetaram suas Assembleias Legislativas (CARVALHO, 2007). Uma crise econômica que corria paralelamente aos acontecimentos políticos que se sucederam à Revolução Americana ampliou sobremodo as pressões sobre as instituições, de sorte que várias Assembleias estaduais aderiram à causa dos devedores na contramão dos interesses de seus credores.

Conta Gargarella (1996 apud CARVALHO, 2007, p. 164) que em Rhode Island emitiu-se moeda e o Legislativo estadual determinou que os credores fossem obrigados a aceitá-la sob pena de multa. Ademais, os juízes foram ordenados por lei a chamar publicamente os credores que se negassem a aceitar a nova moeda e dar as obrigações destes por canceladas, caso persistissem. Com fundamento em casos como esse, era muito claro para os que valorizavam a estabilidade que a plena liberdade legislativa era perigosa. Como se vê, mais do que uma revolta contra a opressão do Parlamento da metrópole, a opção americana pelo controle judicial de constitucionalidade teria sido também a saída para evitar crises institucionais que pudessem ser provocadas pelas “más leis” do Poder Legislativo.

¹⁹ “*La Revolución americana nace bajo el lema de la oposición de la constitución a la ley del parlamento. Así, en las deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 podemos leer que el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés debe considerar “ilegal, inconstitucional e injusto”. Es la primera vez que el término-concepto de “constitución” es adoptado contra la ley en sentido plenamente normativo con la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima.*”

Em resumo: a tradição constitucional americana desconfia do Parlamento. Ao comentar artigos de “O Federalista”, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, Maurizio Fioravanti (2001, p. 108, tradução nossa) diz que, para eles, “o poder mais temível para a constituição republicana é o Poder Legislativo, porque reúne as prerrogativas mais relevantes: a de fazer a lei e a de impôr os tributos.”²⁰ Em “O Federalista n. 78” (1984), Hamilton alerta para a necessidade de o povo conservar sua autonomia em face do perigo de seu representante entender-se ele próprio o povo. A partir desses mesmos fundamentos de restrição e desconfiança quanto ao Legislativo, ele segue a justificar o poder dado aos juízes de invalidar atos do Parlamento, desacreditando a tese segundo a qual o Legislativo, na qualidade de representante do povo, seria juiz de seus próprios poderes:

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes. (HAMILTON, 1984, p. 578).

Logo se vê que os artigos federalistas, escritos com o objetivo de defender a ratificação da Constituição pelos Estados, já adiantavam a teoria do *judicial review* que se consolidaria jurisprudencialmente no caso “Marbury contra Madison” e que durante todo o tempo obteve críticas, entre outros, de Thomas Jefferson. Em carta dirigida a William Jarvis, ele diz que “considerar os juízes como os últimos árbitros de todas as questões constitucionais [é] uma doutrina muito perigosa de fato, e alguém poderia colocar-nos sob o despotismo de uma oligarquia.”²¹ (JEFFERSON, 1854, p. 178, tradução nossa).

Nesse mesmo caminho, outro Thomas – Thomas Paine – acentua em “Rights of the men” que uma Constituição não é feitura de um governo, mas de um povo que constitui um governo. Opositor da tradição constitucional inglesa, monárquica e aristocrática, suas ideias

20 “*El poder más temible para la constitución republicana es el Poder Legislativo, porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer los tributos.*”

21 “*To consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions [is] a very dangerous doctrine indeed, and one which would place us under the despotism of an oligarchy.*”

se juntaram às de Jefferson, a incomodar a nascente teoria da supremacia constitucional afirmando que, se a Constituição é suprema porque advém da vontade do povo soberano, nada impede o povo soberano de revisá-la a qualquer momento (FIORAVANTI, 2001).

A concepção de Jefferson sobre a Constituição foi bem ilustrada em suas lições segundo as quais os vivos não deveriam ser governados pelos mortos. Ele defendia que as instituições fossem revistas periodicamente, de maneira que as novas gerações decidissem por si qual governo lhes satisfaria:

Alguns olham para constituições com reverência carola, e veem-na como a arca da aliança, muito sagrada para ser tocada. Eles imputam aos homens da época precedente uma sabedoria mais que humana, e supõem que o que eles fizeram está livre de emendas. [...] Eu certamente não advogo frequentes e inexperimentadas mudanças em leis e constituições. [...] Mas eu sei também que leis e instituições devem andar de mãos dadas com o progresso da mente humana. [...] providenciemos em nossa Constituição revisões em períodos determinados. Que esses períodos sejam os indicados pela própria natureza. Segundo as tábuas europeias de mortalidade, dos adultos que vivem em um momento da história, a maioria estará morta em cerca de dezenove anos. Ao fim desse período, então, uma nova maioria chega; ou, em outras palavras, uma nova geração. Cada geração é tão independente da geração anterior quanto é de todas as que vieram ainda antes. Ela tem, então, como as outras, o direito de escolher por si mesma a forma de governo que acredita ser a que melhor promove sua felicidade; consequentemente, para se acomodar às circunstâncias nas quais se encontram, que receberam dos seus predecessores; e é para paz e bem da humanidade que uma solene oportunidade de fazer isso a cada dezenove ou vinte anos deve ser providenciada pela Constituição; então ela pode ser levada, com reparos periódicos, de geração em geração, até o fim dos tempos, se alguma coisa humana puder durar tanto.²² (JEFFERSON, 1854, p. 12-14, tradução nossa).

Voltando a Thomas Paine, a figura deste inglês que, numa saga impensável, imigrou para a Pensilvânia, tornando-se um *founding father*; e posteriormente se mudou para a França, integrando a Convenção Nacional, é talvez a melhor representação da intensa confluência de ideias entre França e Estados Unidos ao fim do séc. XVIII e início do XIX, apesar de suas críticas sobre o constitucionalismo dos Estados Unidos não terem lá vingado. Segundo

22 “Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human, and suppose what they did to be beyond amendment. [...] I am certainly not an advocate for frequent and untried changes in laws and constitutions. [...] But I know also, that laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. [...] let us provide in our constitution for its revision at stated periods. What these periods should be, nature herself indicates. By the European tables of mortality, of the adults living at any one moment of time, a majority will be dead in about nineteen years. At the end of that period then, a new majority is come into place; or, in other words, a new generation. Each generation is as independent of the one preceding, as that was of all which had gone before. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness; consequently, to accommodate to the circumstances in which it finds itself, that received from its predecessors; and it is for the peace and good of mankind, that a solemn opportunity of doing this every nineteen or twenty years, should be provided by the constitution; so that it might be handed on, with periodical repairs, from generation to generation, to the end of time, if anything human can so long endure.”

Fioravanti (2001), as objeções de Paine ameaçavam transformar a soberania da Constituição na soberania do povo através da Constituição.

E foi nessa senda que caminhou o constitucionalismo francês. Pode-se dizer que uma diferença entre a Revolução Americana e a Revolução Francesa foi que, enquanto os americanos procuravam manter-se na mesma situação, afastando a crescente interferência inglesa, os franceses desejavam o oposto: mudar por completo, demolir o secular edifício do Antigo Regime. Tamanho o trabalho que tinham pela frente, os revolucionários franceses não poderiam admitir que a obra do povo soberano estivesse represada na origem de sua Constituição (FIORAVANTI, 2001). De acordo com Ingeborg Maus (2000, p. 192), “com os ideais de autonomia da Revolução Francesa, a guarda da Constituição era compatível com o direito original do povo à mudança constitucional.” Assim, o processo revolucionário necessitava de contínuo empenho popular e a Constituição não seria a represa, mas a baliza de condução do rio que varreria os fundamentos do Antigo Regime.

A escolha francesa era, portanto, por uma soberania do povo através da Constituição, construída em torno da primazia do Poder Legislativo e privada quase inteiramente dos “freios e contrapesos” erigidos pelos americanos. O Legislativo, na visão dos revolucionários franceses, seria a continuidade daquela força originária da qual nascera a Constituição e não propriamente um Poder como os outros, constituídos, nascidos e, portanto, dependentes da Constituição. O Legislativo não era concebido como a fagulha de ignição – era o próprio motor. Por isso afirma Fioravanti que:

Em uma situação em que o povo soberano não podia nem devia ser apenas a origem da constituição, aparecia inevitavelmente o problema de transferir a um dos poderes instituídos pela constituição a força originária, que se queria permanente, daquele mesmo povo. E este poder não podia ser outro que o legislativo, o poder dos representantes do povo, que por causa dele assumia uma configuração que excedia a dimensão de um mero poder constituído.²³ (FIORAVANTI, 2001, p. 113, tradução nossa).

Como consequência disso, o Judiciário, Poder meramente constituído, não encontraria na França legitimidade alguma de ingerência nas ações do Parlamento e tampouco poder para invalidar suas leis. Para isso também colaborou a visão ruim que os revolucionários tinham dos juízes, contaminada pela conservadora atuação destes, no Antigo Regime, sempre em favor dos privilegiados nobreza e clero. Por sinal, a resistência ao modelo de controle

²³ “*En una situación en la que el pueblo soberano no podía ni debía ser simplemente el origen de la constitución, aparecía inevitablemente el problema de transferir a uno de los poderes instituidos por la constitución la fuerza originaria, que se quería permanente, de aquel mismo pueblo. Y este poder no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes del pueblo, que por ello asumía una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituído.*”

constitucional pelo Judiciário, dentre os próprios americanos, vinha de dois dos mais influenciados pelo pensamento francês: Jefferson e Paine.

A proposta de teorização de Fioravanti permite ainda ver a tradição constitucional alemã como uma síntese das experiências americana e francesa. Na Alemanha, por influência da obra de Hegel, finalmente o parlamentarismo e o constitucionalismo passariam a se relacionar estavelmente. O ponto de transformação “é a ideia de *constituição estatal*, que encontramos pela primeira vez na obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) [...]”²⁴ (FIORAVANTI, 2001, p. 134, itálico do autor, tradução nossa). A concepção hegeliana de Constituição estatal permite pensar na Constituição sem que tenha se originado em um dos Poderes. Ela tem seu nascedouro no Estado, ente dotado de autoridade política própria, quanto ao qual se fala não de uma soberania popular, mas de uma soberania estatal. Nesse sentido, Fioravanti escreve que:

Finalmente, o que a afirmação da constituição estatal, na verdade, produz é, em poucas palavras, *a soberania do Estado*, que torna impensável a soberania de qualquer sujeito político fora da constituição, seja o monarca ou o próprio povo, que só no Estado e em sua constituição encontra ordem e forma e, por meio dele, capacidade de existir no plano constitucional²⁵. (FIORAVANTI, 2001, p. 137, tradução nossa, itálico do autor).

Tal concepção possibilitaria, entre outras coisas, o desenvolvimento de teorias de Direito Público a situar o Legislativo como apenas um dos diversos órgãos da pessoa jurídica estatal e não como ente autônomo ou supremo (FIORAVANTI, 2001). Sem dúvida, a teoria dos órgãos²⁶ aponta para uma organização burocrática que descentraliza a execução das atividades oriundas de uma única vontade representada pelo Estado e vinculada estritamente à lei, cerceada, por isso, em sua liberdade, uma vez que só pode agir no falar da lei, opostamente ao cidadão, para quem o silêncio basta. Essa vinculação do Estado à lei, base da

24 “*Es la idea de la constitución estatal, que encontramos por vez primera en la obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) [...]*”

25 “*Finalmente, lo que de verdad produce la afirmación de la constitución estatal es, en pocas palabras, la soberanía del Estado, que hace impensable la soberanía de cualquier sujeto político fuera de la constitución, sea el monarca o el mismo pueblo, que sólo en el Estado y en su constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional.*”

26 No Direito Administrativo, a teoria dos órgãos sustenta uma divisão meramente administrativa da Administração Pública, que tem uma só personalidade jurídica. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

“*Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.*

[...]

Em síntese, juridicamente falando, não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações.” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 140 e 141, itálico do autor).

ideia de Estado de Direito, é necessidade para o assentamento da segurança jurídica, outra obra da estabilidade que a Europa passou a desejar após os assaltos à tranquilidade havidos na Revolução Francesa.

Nesse mesmo passo, Fioravanti (2011) entende que Jellinek vê na soberania estatal uma clara alternativa à soberania do monarca ou à soberania do povo, que historicamente debilitaram os direitos dos cidadãos. Quanto à Constituição, Jellinek a situa como alicerce da soberania estatal, porquanto haveria uma relação de dependência entre ela e o Estado, “porque sem ela não se saberia quais são os 'órgãos supremos', como se formam, como expressam sua vontade e que limites têm, e, enfim, como se situam os particulares, com seus direitos, frente ao Estado.”²⁷ (FIORAVANTI, 2001, p. 142, tradução nossa).

Pode-se dizer que, no último quarto do séc. XIX, tendo sido consolidado o Estado de Direito com assento na constituição estruturante de seus órgãos e de suas relações com os cidadãos, abria-se caminho para, nas primeiras décadas do séc. XX, uma nova rodada de discussões sobre a tensão entre Constituição e democracia na Alemanha, tornando célebre o embate entre a teoria de Carl Schmitt e a teoria de Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade, ao cabo do qual, tida por vencedora a tese desse último, o Poder Judiciário terminaria exaltado a patamar nunca antes alcançado.

Kelsen foi o grande nome por trás da Constituição da Áustria de 1920, na qual se adotava um sistema de controle de constitucionalidade a cargo de um tribunal. Se nesse ponto a proposta kelseniana se aproxima do controle de constitucionalidade americano, dele se afasta na medida em que a aferição de conformidade com a Constituição não se dava de modo difuso, passível de ser realizada por qualquer juiz, mas era responsabilidade concentrada num único tribunal competente. Apesar da diferença, a Áustria inaugurava um *judicial review* na Europa, escolha que recebeu severas críticas de Carl Schmitt.

Schmitt postulava que o guardião da Constituição deveria ser o Presidente do *Reich* e não um órgão do Poder Judiciário, dada a contradição entre função jurisdicional e função política, sendo a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei um ato político, ou, dito de outra forma, um ato de poder. Juízes, na concepção de Schmitt, não atuam no exercício de um poder, mas tão somente aplicam aquilo que de antemão foi ordenado normativamente pelo legislador, esse sim investido numa função política.

A essa crítica, Kelsen responde que não há contradição, pois na função jurisdicional há também função política, decisória, haja vista que, da natureza generalizante do trabalho do

27 “Porque sin ella no se sabría cuáles son los ‘órganos supremos’, cómo se forman, cómo expresan sua voluntad y qué limites tienen, y en fin cómo se sitúan los particulares, con sus derechos, frente al Estado.”

legislador, é implícita a discricionariedade do juiz para aplicá-la ao caso concreto. Na sua muito conhecida (e hoje muito criticada e já abordada neste trabalho) tese sobre a discricionariedade da decisão judicial, Kelsen vê um espaço emoldurado deixado pelo legislador para criação do Direito pelo Judiciário e, conseqüentemente, para a complementação de um trabalho político que se inicia no Parlamento, mas que, por absoluta impossibilidade fática de universal antevisão normativa, fica a cargo dos juízes:

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. (KELSEN, 2003a, p. 251).

Mas Schmitt tem outra razão pela qual ainda sustenta que a guarda da Constituição deve ser incumbência do chefe do Executivo. Para ele, o Parlamento é lugar de desagregação, impedido por sua condição natural de governar estavelmente. O Presidente, por sua vez, não é diversidade, mas é uma só pessoa escolhida diretamente pelo povo, sendo assim a representação ou símbolo da unidade popular, unidade que é a essência da Constituição e está acima de qualquer interesse – é neutra.

Kelsen (2003a) segue a resistir às afirmações de Schmitt. Para ele, essa tão propalada unidade do povo é na realidade uma ilusão inclinada a seguir ocultamente aplicando o princípio monárquico, mesmo em tempos de república, compensando a perda de poder ocorrida com o fim do absolutismo. Não há uma unidade no seio do povo, mas sim o oposto, o que é exatamente refletido no Parlamento: uma diversidade pluralista. Kelsen ainda diz que:

Pois esse é, de fato, o verdadeiro sentido da doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, que Schmitt transfere para o chefe de Estado republicano; mascarar o efetivo, radical contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos, e mais importante ainda, na realidade do conflito de classes que está por trás destes. (KELSEN, 2003a, p. 281, *italico do autor*).

Para Kelsen, também é um engano pensar que o fato de o Presidente ser eleito é suficiente para entronizá-lo numa posição sóbria. “A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações políticos-partidárias, pode ser um método

democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência.” (KELSEN, 2003a, p. 283). Se há de se buscar uma instância neutra para a guarda da Constituição, segundo Kelsen essa instância é o Judiciário, visto que é contra o governo e o Parlamento que se argui a inconstitucionalidade. “A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.” (KELSEN, 2003a, p. 276).

A proposta kelseniana não foi, num primeiro momento, vencedora na Alemanha, sendo a teoria de Schmitt notoriamente mais propícia ao regime que então se instaurava – o nazismo. O destino dos dois juristas, curiosamente, terminaria refletindo a visão do regime quanto a suas teses: Schmitt, filiado ao partido nazista, viria a ser taxado de “jurista de Hitler” após a derrota alemã; Kelsen, por ser judeu, terminaria fugindo da perseguição para os Estados Unidos, onde continuou sua carreira. Somente com o fim do regime nazista – e também em razão de seus indesejados resultados –, o controle de constitucionalidade nos moldes da proposta de Kelsen foi implantado na Alemanha, inaugurando o *judicial review* naquele país.

4.1 O Judiciário como superego da sociedade

Mas, segundo Ingeborg Maus (2000), o início das atividades do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha não foi o momento mais alto da ascensão do Judiciário naquele país. A professora de Frankfurt faz interessante análise sobre como a tradição constitucional alemã teria silenciosamente alçado o seu Poder Judiciário à condição de referência moral da sociedade – o seu superego. Ela faz uso desse conceito de raiz freudiana para aplicá-lo ao modo em que a jurisdição constitucional alemã agiu ao construir a chamada jurisprudência de valores.

O Judiciário como superego seria uma instituição representante da consciência moral da sociedade, responsável pela internalização social dos valores. Ainda na teoria freudiana, importa lembrar que o superego é representado pelo pai, que censura o desejo do filho pela mãe (comportamento moralmente reprovado). Portanto, fala-se de paternalismo, sistema em que um regedor de relações sociais projeta-se sobre pessoas, mediante força ou mesmo consentimento, tomando-lhes parcela de autonomia. À maneira do que faz um pai por suas crianças, em relações paternalistas o regedor conduz os demais por meio de uma, pelo menos aparente, sábia autoridade, o que provoca nos regidos a confortável tranquilidade de deixar ao

regedor decidir por eles.

Maus trata, assim, da construção de um sentimento de reverência dos cidadãos para com o Tribunal Constitucional Federal, algo que é mais que um simples reconhecimento de que a ampliação de suas funções, como a consolidação de sua competência para invalidar atos do Poder Legislativo, aumentou sua importância. Sua inquietação se relaciona, na verdade, ao fato de que “acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.” (MAUS, 2000, p. 185).

Sobre referências teóricas dessa representação, Maus alude especificamente a Erich Kaufmann, jurista da época da República de Weimar para quem o povo alemão perdeu um símbolo de sua unidade com a queda da monarquia. Como substitutos, ele propôs que se considerasse os direitos fundamentais previstos na Constituição e seus intérpretes judiciais – aqueles sábios juízes detentores de uma consciência de valores.

De retorno a Carl Schmitt, se nesse ponto se pode ver divergência entre ele e Kaufmann, uma vez que este deposita nos juízes aquilo que aquele deposita no Presidente, é fácil identificar uma convergência noutra questão: Kaufmann também não vê no Parlamento capacidade de refletir a unidade nacional, pois é instância de dissenso e não de consenso, logo, de pluralidade e não de unidade.

Pode se perguntar, então, se a observação feita por Ingeborg Maus sobre o Judiciário na Alemanha se aplica ao Judiciário no Brasil, sendo possível partir de duas importantes semelhanças na história dos dois países: a queda da monarquia e a construção da democracia constitucional após um regime autoritário.

No exame do constitucionalismo brasileiro, há de se dar atenção ao Poder Moderador na Constituição do Império de 1824 (BRASIL, 1824), que reforçava a noção paternal construída a respeito do Imperador, tido àquela época como representante da unidade da nação brasileira e o guardião da Constituição. Após a República, persistiria a necessidade de a sociedade brasileira reencontrar o amparo paternal, posto ocupado, da Proclamação da República até os dias de hoje, repetidas vezes por Presidentes de espírito e conduta populista, cujo grande arquétipo foi Getúlio Vargas – o “pai dos pobres”.

Iniciada a redemocratização do país a partir da Constituição da República de 1988 e rediscutido o papel do controle de constitucionalidade também a partir desse marco, torna-se relevante indagar se esse é o momento em que, à semelhança do ocorrido na Alemanha, segundo Maus, o Judiciário brasileiro se inclina a assumir o lugar de “pai” dessa “sociedade órfã”, agindo na qualidade de sua referência moral – superego – e construindo uma relação com a sociedade de uma reverência próxima àquela do tipo religiosa.

4.2 Como o brasileiro vê o seu Judiciário

Como indício dessa reverência que o povo alemão guarda em relação ao Tribunal Federal Constitucional de seu país (TFC), Ingeborg Maus (2000) aponta pesquisas de opinião pública em que este Tribunal recebe 62% de aprovação. É difícil seguir essa sugestão no Brasil, pois não temos estatísticas consolidadas sobre o assunto. Só recentemente uma iniciativa da Fundação Getúlio Vargas (FGV) chegou a uma pesquisa destinada a apurar o índice de confiança do brasileiro quanto ao Poder Judiciário, sem, entretanto, avaliar separadamente o Supremo Tribunal Federal²⁸, como fora feito na pesquisa a que Maus se refere a respeito do TFC alemão.

A FGV tem, até maio de 2011, dados sobre os três últimos trimestres de 2009 e os quatro trimestres de 2010 de seu Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil). Nele a Fundação espera demonstrar “se o cidadão acredita que essa instituição [o Poder Judiciário] cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum.” (CUNHA, 2010b, p. 3).

O Relatório do ICJBrasil do 4º trimestre de 2010 conta que, em declaração espontânea, apenas 33% dos entrevistados responderam que o Judiciário brasileiro é confiável ou muito confiável, contra 25% a respeito do Governo Federal e 36% acerca do Congresso Nacional. Logo, segundo a declaração espontânea, entre os Três Poderes, o Judiciário perde em confiabilidade para o Congresso Nacional, mas vence o Governo Federal (CUNHA, 2010b). Interessa observar que no Relatório do 3º trimestre de 2010 a relação foi diferente, com o Judiciário (33%) vencendo o Congresso Nacional (20%) e perdendo para o Governo Federal (41%) (CUNHA, 2010a).

A despeito de apresentar pesquisa feita a partir de declaração espontânea sobre a confiabilidade do Poder Judiciário brasileiro, o ICJBrasil é obtido de forma induzida, mediante perguntas feitas aos entrevistados e cujas respostas alimentam a equação matemática que é instrumento para se chegar ao Índice. Diz o Relatório do 4º trimestre que:

Nesse sentido, o ICJBrasil é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, pelo qual

28 Apesar de que, no Relatório ICJBrasil do 4º trimestre de 2009, a FGV noticia a inclusão de uma pergunta sobre a neutralidade política do STF (CUNHA, 2009). A pergunta deixou de ser feita na pesquisa do trimestre seguinte.

procuramos identificar a atitude da população, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não.

O subíndice de percepção é produzido a partir de um conjunto de nove perguntas em que o entrevistado deve emitir sua opinião sobre o Judiciário no que diz respeito a (i) confiança, (ii) rapidez na solução dos conflitos, (iii) custos do acesso, (iv) facilidade no acesso, (v) independência política, (vi) honestidade, (vii) capacidade para solucionar os conflitos levados a sua apreciação, (viii) panorama dos últimos 5 anos e (ix) perspectiva para os próximos 5 anos.

Para a produção do subíndice de comportamento, foram construídas seis situações diferentes e pede-se ao entrevistado que diga, diante de cada uma das situações, qual a chance de procurar o Judiciário para solucionar o conflito. As respostas possíveis para essas perguntas são: (i) não; (ii) dificilmente; (iii) possivelmente; (iv) sim, com certeza. (CUNHA, 2010b, p. 3-4).

No 4º trimestre de 2010, o ICJBrasil obtido foi de 4,2 pontos, numa escala de 0 a 10 (CUNHA, 2010b), inferior ao registrado no 3º trimestre, que foi de 4,4 pontos (CUNHA, 2010a). A partir do resultado, a FGV entende que o Índice revela que o Judiciário é mal avaliado como prestador de serviços públicos (CUNHA, 2010b).

A esta altura já é necessário ponderar que a referência feita por Ingeborg Maus, citada acima, não permite comparar as duas pesquisas, sendo inviável usá-las para formular uma conclusão comum, especificamente sobre o STF.

Mas, de todo modo, segundo a conclusão do Relatório ICJBrasil do 4º trimestre de 2010, a população brasileira não confia satisfatoriamente no Poder Judiciário como um todo. A partir desse achado é forçoso concluir que, caso esteja em curso a construção de uma imagem paternalista do Judiciário brasileiro, a iniciativa de sua construção (ou manutenção da construção já realizada) não teria sido popular, sendo obra das próprias cortes, pois parece estar demonstrado que o brasileiro não confia na instituição, seja pela ineficiência ou pela corrupção.

Com efeito, parece que o trabalho de fixação de uma imagem paternal, moralmente reverenciada, em nosso caso deve ser entendida com um esforço feito “de cima para baixo”, ou seja, dos juízes para os cidadãos, fato que, entre outros importantes elementos, pode ser analisado a partir do fenômeno do bacharelismo no Brasil, que se passa a comentar a partir de Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda.

Explica Freyre (1961) que o Segundo Reinado, marcado pela perda da influência lusitana em proveito da influência da Europa burguesa, notadamente França e Inglaterra, vê a chegada de novos estilos de vida a modificar o perfil da sociedade brasileira. Torna-se inocultável nesse momento o conflito entre o modelo rural e urbano, aquele, mantido diligentemente pela metrópole portuguesa desde a fundação de sua colônia brasileira, e este, a desenvolver-se mais vigorosamente a partir da Independência, passando pela criação das

primeiras universidades em solo brasileiro e pelas incipientes burocratização da Administração Pública e organização da iniciativa privada. Gilberto Freyre conta que:

A valorização social começara a fazer-se em volta de outros elementos: em torno da Europa, mas uma Europa burguesa, donde nos foram chegando novos estilos de vida, contrários aos rurais e mesmo aos patriarcais: o chá, o govêrno de gabinete, a cerveja inglêsa, a botina Clark, o biscoito de lata. Também roupa de homem menos colorida e mais cinzenta; o maior gôsto pelo teatro, que foi substituindo a igreja; pela carruagem de quatro rodas que foi substituindo o cavalo ou o palanquim; pela bengala e pelo chapéu-de-sol que foram substituindo a espada de capitão ou de sargento-mor dos antigos senhores rurais. E todos êsses novos valores foram tornando-se as insígnias de mando de uma nova aristocracia: a dos sobrados. De uma nova grandeza: a dos doutôres e bacharéis talvez mais que a dos negociantes ou industriais. De uma nova casta: a de senhores de escravos e mesmo de terras, excessivamente sofisticados para tolerarem a vida rural na sua pureza rude. Essas tendências encarnadas principalmente pelo bacharel, filho legítimo ou não do senhor de engenho ou do fazendeiro, que voltada com as novas idéias da Europa – de Coimbra, de Montpellier, de Paris, da Inglaterra, da Alemanha – onde fôra estudar por influência ou lembrança de algum tio-padre mais liberal ou de algum parente maçom mais cosmopolita. (FREYRE, 1961, p. 574).

É certo que não se tratou de um acabado transplante do modelo europeu burguês para o Brasil. Antes, o advento dessas novas ideias iria provocar uma síntese entre o velho e novo, quando ocorre a interpenetração das propostas de modo que sobrevivam todas. A formação iluminista e igualitária adquirida na Europa tinha de se ver com o patriarcalismo local, forçando sua síntese no bacharelismo, o governo do letrado progressista que mantém disfarçadamente a hierarquização social de antes. Assim é que se pode falar do nascimento de uma nova nobreza no Segundo Reinado: a dos doutores. A propósito, são esses os que, na República, substituirão os barões, viscondes, condes, marqueses e duques.

Desse modo se explica, então, o porquê de se valorizar mais a carta do bacharel do que a sua ciência e, no exercício da atividade pública, mais o cargo do que a função que a ele corresponde. É que se faz uso do título como sinal de distinção, como na nobreza, a separar seu portador dos demais homens. Por isso se lê em Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 157), ao comentar as reminiscências desses sentimentos à sua época, que o título de doutor era condição cuja dignidade, tal qual a de um nobre, não mais tornava exigível ganhar o pão no trabalho árduo do homem comum, tarefa que subjugaria e humilharia a personalidade.

É proveitoso recorrer a Lima Barreto em “Os Bruzundangas”, livro em que descreve os Estados Unidos da Bruzundanga, país que o autor quer sarcasticamente fazer parecer fictício, mas cuja descrição a todos lembra um outro, real:

A nobreza da Bruzundanga se divide em dous grandes ramos. Tal-qualmente como na França de outros tempos, em que havia a nobreza de Toga e a de Espada, na

Bruzundanga existe a nobreza doutoral e uma outra que, por falta de nome mais adequado, eu chamarei de palpite.

A aristocracia doutoral é constituída pelos cidadãos formados nas escolas, chamadas superiores, que são as de medicina, as de direito e as de engenharia. Há de parecer que não existe aí nenhuma nobreza; que os cidadãos que obtêm título sem tais escolas vão exercer uma profissão como outra qualquer. É um engano. Em outro qualquer país, isto pode se dar; na Bruzundanga, não. (LIMA BARRETO, 2009, p. 17).

Freyre, Holanda e Lima Barreto enfatizam que o bacharelismo se faz sustentar menos pelos méritos, estes intangíveis, do que pelos símbolos, estes tangíveis, visíveis e ostentáveis como se fossem um brasão distintivo. O símbolo quer promover e estampar um distanciamento e uma hierarquia entre o homem comum e o doutor, imprimindo neste um ar de superioridade intelectual a almejar veneração. Leia-se o que escrevem os três:

Entretanto, o prestígio do título de “bacharel” e de “doutor” veio crescendo nos meios urbanos e mesmo nos rústicos desde os começos do Império. Nos jornais, notícias e avisos sobre “Bacharéis formados”, “Doutôres” e até “Senhores Estudantes”, principiaram desde os primeiros anos do século XIX a anunciar o novo poder aristocrático que se levantava, envolvido nas suas sobrecasacas ou nas suas becas de sêda preta, que nos bacharéis-ministros ou nos doutôres-desembargadores, tornavam-se becas “ricamente bordadas” e importadas do Oriente. Vestes quase de mandarins. Trajos quase de casta. E êsses trajos capazes de aristocratizarem homens de côr, mulatos, “morenos”. (FREYRE, 1961, p. 582).

O amor bizantino dos livros pareceu, muitas vezes, penhor de sabedoria e indício de superioridade mental, assim como o anel de grau ou a carta de bacharel. É digno de nota – diga-se de passagem – o valor exagerado que damos a esses símbolos concretos; dir-se-ia que as idéias não nos seriam acessíveis sem uma intervenção assídua do corpóreo e do sensível. (HOLANDA, 1995, p. 163).

Há nessa nobreza doutoral uma hierarquia como em todas as aristocracias. O mandarinato chinês, ao qual muito se assemelha essa nobreza da Bruzundanga, tem os seus mandarins botões de safira, de topázio, de rubi, etc. No país em questão, eles não se distinguem por botões, mas pelos anéis. No intuito de não fatigar os leitores, vou dar-lhes um quadro sintético de tal nobreza da Bruzundanga com a sua respectiva hierarquia colocada em ordem descendente. Guardem-no bem. Ei-lo, com as pedras dos anéis:

Médicos (Esmeralda)

Advogados (Rubi)

Engenheiros (Safira)

Engenheiros militares (Turqueza)

Engenheiros geógrafos (Safira e certos sinais no arco do anel)

Farmacêutico (Topázio)

Dentista (Granada) (LIMA BARRETO, 2009, p. 20).

Não muito diferente é, hoje, a situação de juízes de segunda instância que se empenham em serem chamados desembargadores²⁹. A necessidade de ser reconhecido por outro nome (nomes são sinais a ostentar, de certo) parece ilustrar com adequação que a busca

²⁹ Em artigo do sítio eletrônico “Consultor Jurídico”, Flávio Rodrigues (2009) comenta sobre juízes federais dedicados a essa obra, além de enfermeiros a reivindicar o tratamento doutoral.

de respeito nos tribunais se faz a partir da reverência e não da igualdade³⁰.

É seguro que o bacharelismo, especialmente o jurídico, tem seu código, que se revela na liturgia dos nomes, dos dizeres e das roupas. O raro fenômeno brasileiro, país continental em que se fala praticamente apenas uma língua, é de pouco proveito nos tribunais. Apesar de o Código de Processo Civil eleger o vernáculo, a escolha do idioma ainda é feita parcialmente em favor do latim. Quando se usa o idioma nacional, percorre-se o dicionário em busca das palavras menos conhecidas para deitá-las no texto demonstrando erudição e, por conseguinte, apregoar a distinção daquele que redige, à maneira dos deuses gregos, que usavam a intermediação de Hermes para falar aos mortais. O idioma seria uma clara distinção hierárquica entre os deuses e os homens. O uso de códigos excludentes na redação jurídica pode revelar, dessa forma, que a milenar tradição dos juízes ainda procura se arvorar num suposto poder dado por Deus.

Isso talvez permita dizer que o Poder Judiciário é último dos Poderes do Estado a se manter divinizado. Com a queda do absolutismo caiu também o direito divino dos reis. O Parlamento, que nasceu na derrubada do absolutismo, já na sua origem se afastava de qualquer pretensão dessa ordem. Essa instituição de discórdia, voltando a falar do tema, não poderia, numa concepção de divindade conciliadora, ser uma delegada de Deus.

O Judiciário, que nessa história de embates entre administradores e legisladores terminou conservando as suas tradições que remontam à antiga religião romana, é hoje o único Poder a manter-se divinizado. Não seria sem propósito o Supremo Tribunal Federal ser chamado de “excelso” e os tribunais sustentarem regras que já se viu criadas especialmente em instituições religiosas, a exemplo das restrições quanto a calças para mulheres e chinelos, assim como o uso litúrgico da toga, da beca ou do terno, tudo sob o pretexto de conservar a “dignidade do Poder Judiciário”.

É por isso que a Ministra Cármen Lúcia chamou a atenção da mídia ao usar calças no Plenário do STF em fevereiro de 2007. Conta a reportagem do “Consultor Jurídico” (CÁRMEN..., 2007) que o STF, apesar de ter liberado o uso de calças para mulheres, desde que acompanhado de *blazer*, nunca tinha assistido uma de suas ministras comparecer vestindo a peça. Conta ainda que os seguranças do Tribunal observam modelos e comprimento dos trajes dos que comparecem ao Plenário, além de penteados.

Contudo, maior repercussão teve o fato ocorrido em Vara do Judiciário Trabalhista em

30 Também ilustra bem a sede hierarquizante que, à época em que coexistia um Tribunal de Justiça e um Tribunal de Alçada em Minas Gerais, os juízes deste último, na impossibilidade de serem chamados de desembargadores, ensaiavam chamarem-se “sobrejuízes”, para que, pelo menos, não fossem confundidos com “simples” juízes de primeira instância.

Cascavel, Paraná, em junho de 2007. A audiência foi suspensa porque, segundo o juiz, o chinelo de dedos usado pelo reclamante é um calçado “incompatível com a dignidade do Poder Judiciário”, como também relatado por reportagem do “Consultor Jurídico” (MILÍCIO, 2007). Outra notícia (TRABALHADOR..., 2007) deu conta que, posteriormente, o juiz pediu desculpas formais e ofereceu um par de sapatos de presente ao reclamante, que o recusou, tendo comparecido à nova audiência com sapatos emprestados pelo sogro, de dois números abaixo do seu. Em 2011, a União foi condenada em primeira instância a indenizar o trabalhador pelo dano moral (UNIÃO..., 2011).

Por fim, ainda há o caso do juiz que, em setembro de 2009, cassou o direito à palavra de um procurador federal que não se apresentou vestindo terno e gravata, à moda litúrgica do Judiciário. O procurador terminou obtendo, junto à Turma Recursal dos Juizados Especiais, a anulação da audiência em que não pôde apresentar a defesa, como também informa o noticiário eletrônico (ANULADA..., 2010). O exagero é ainda mais claro se for considerada a localidade do acontecido. A exigência de terno e gravata se fez em Mossoró, município de clima semiárido no interior do Rio Grande do Norte, de temperatura sabidamente elevada, onde é recomendável trajar roupas leves.

É certo que esses costumes não são exclusividade do ambiente forense brasileiro, assim como é certo que, no Brasil, esses costumes judiciários não se coadunam com os costumes e contingências dos brasileiros. Num país de clima quente não é coerente escolher roupas de clima frio e num país de parcela populacional pobre ou miserável não é razoável determinar calçados só acessíveis a quem lhes pode comprar por alto preço. Em resumo, embora os costumes sejam os mesmos em outros países, as peculiaridades brasileiras tornam injustificado o seu uso e não permitem conclusão outra que não seja a insistência de sua manutenção vinda mais uma vez “de cima para baixo”, dirigidas a imprimir no subconsciente uma distinção entre juízes e os demais cidadãos.

5 PATERNALISMO E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Numa de suas mais valiosas e controversas contribuições acadêmicas, Sérgio Buarque de Holanda (1995) examina o que resolveu chamar “homem cordial”, expressão tomada por empréstimo de Ribeiro Couto³¹. Segundo ele, o brasileiro é do tipo que age movido mais pelo coração do que pela razão, o que, inclusive, dificulta-lhe compreender a impessoalidade que está no cerne dos regimes igualitários e democráticos.

Sendo assim, passional, dado a relações de sangue e não de contrato, sendo voltado à família e não à sociedade civil, não faz separação entre o público e o privado, de modo a equivocadamente identificar uma extensão da ordem familiar no Estado, assim como em qualquer outra organização social (como as empresas), como se entre eles houvesse uma contiguidade e não uma contenção. Diz Holanda (1995, p. 146) que “as relações que se criam na vida doméstica sempre ofereceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós.”

Contrariando teorias sobre uma continuidade sucessória entre a ordem familiar e a ordem estatal, Holanda (1995) afirma que, na verdade, é só pela transgressão da ordem familiar que nasce o Estado. Num caminho de evolução para assentamento da democracia, pode-se dizer que a fragilização desse modelo familiar é imperativo diante das novas condições de vida (as mesmas de que fala Gilberto Freyre e que foram comentadas acima: de influência burguesa), estas inclinadas a fazer da educação familiar apenas uma propedêutica da vida em sociedade mais ampla (HOLANDA, 1995). Na visão de Sérgio Buarque de Holanda, a barreira oferecida pela cultura brasileira ao modelo de leis impessoais e igualitárias seria o nosso apego às representações familiares, como se lê a seguir:

Com efeito, onde quer que prospere e assente em bases muito sólidas a idéia de família – e principalmente onde predomina a família do tipo patriarcal – tende a ser precária e a lutar contra fortes restrições a formação e evolução da sociedade segundo conceitos atuais. A crise de adaptação dos indivíduos ao mecanismo social é, assim, especialmente sensível no nosso tempo devido ao decisivo triunfo de certas virtudes *antifamiliares* por excelência, como o são, sem dúvida, aquelas que repousam no espírito de iniciativa pessoal e na concorrência entre os cidadãos. (HOLANDA, 1995, p. 144, itálico do autor).

Essa cordialidade também condiciona o homem brasileiro a alimentar aversão a modelos que se recusem a espelhar-se na família. Ilustrando essa afirmação, Roberto da Matta

31 Apesar de dar os créditos a Ribeiro Couto, Sérgio Buarque de Holanda usa a expressão em sentido distinto. Ribeiro Couto se refere ao homem cordial para indicar a hospitalidade e a generosidade do homem brasileiro e latino-americano, em oposição à frieza europeia.

lança mão das categorias “casa” e “rua”, que bem se pode relacionar a “privado” e “público”:

De fato, a categoria *rua* indica basicamente o mundo, com seus imprevistos, acidentes e paixões, ao passo que *casa* remete a um universo controlado, onde as coisas estão nos seus devidos lugares. [...] Assim, os grupos sociais que ocupam a casa são radicalmente diversos daqueles do mundo da rua. Na casa, temos associações regidas e formadas pelo parentesco e relações de sangue; na rua, as relações têm um caráter indelével de escolha, ou implicam essa possibilidade.

[...] Na rua, então, o mundo tende a ser visto como um universo hobbesiano, onde todos tendem a estar em luta contra todos, até que alguma forma de hierarquização possa surgir e assim ordenar algum tipo de ordem.

Mas em casa, tudo se passa ao inverso. Aqui, o espaço é rigidamente demarcado e dividido pelas varandas, salas de visitas, salas de jantar, cozinhas, banheiros, quartos de dormir e, invariavelmente, as “dependências de empregadas” e áreas de serviço, de tal modo que a casa, como uma totalidade, expressa um conjunto de espaços onde uma maior ou menor intimidade é permitida, possível ou abolida. (MATTA, 1981, p. 70, *itálico do autor*).

Observe-se que a casa, o ambiente privado, é o espaço da organização familiar, ao passo que a rua, na qualidade de ambiente público e assim extrafamiliar, é o espaço de encontro de desconhecidos que, não obstante, necessitam relacionar-se. Nessa tipologia, a rua é um lugar frio e vazio, uma vez que inalcançada pelas ordens normativas familiares, possivelmente as mais primitivas da humanidade. Do ponto de vista dessa ordem familiar, a rua é um vácuo normativo, uma “terra de ninguém”, onde reina a insegurança de uma hierarquia não estabelecida. Vista por este embate entre as antigas e novas condições de vida, a rua é temida porque lança os homens à economia de mercado. Ela é o espaço da luta hobbesiana de todos contra todos (MATTA, 1981). Contudo, sendo inviável ao homem manter-se recluso, a ele se faz necessário normatizar o ambiente externo, sob pena de todos perecerem. O modelo de normatização, entretanto, pode ser variado.

No caso brasileiro, o que os autores apontados querem dizer é que o modelo escolhido, ao contrário de países de formação capitalista burguesa, foi o modelo baseado na estrutura familiar. Não se cuidou de declarar a rua um lugar isento de influência hierárquica, onde poderiam os homens relacionar-se como iguais. Antes, buscou-se preencher esse lugar como se fosse uma extensão do âmbito familiar, fazendo avançar a casa sobre a rua. Isso porque o modelo capitalista burguês provoca desconforto aos sentimentos brasileiros, avessos à impessoalidade e ao conseqüente reconhecimento da individualidade.

Nesse ponto é relevante recorrer a outras categorias evocadas por Roberto da Matta – pessoa e indivíduo –, só possíveis de distinguir-se a partir da análise de como se relacionam, em sociedade, as partes destas e o seu todo.

Com efeito, ao entender-se o homem como uma peça que, somada às outras, forma a

sociedade, de modo que se vê imerso nela, tem-se a noção de pessoa. Fala-se aqui de uma complementaridade que, por conseguinte, traduz-se em dependência e necessidade de relacionamento. Por outro lado, quando se vê o homem como parte não complementar, mas unitária e autônoma, funcional ainda que solitária, fala-se de indivíduo.

São contrastantes as categorias, uma vez que pela pessoa pensa-se no todo como mais importante que a parte e pelo indivíduo vê-se a parte como mais importante que o todo. Segundo a noção de pessoa, o homem deve estar a serviço da sociedade, e, conforme a noção de indivíduo, a sociedade deve estar a serviço do homem. E, ainda, conseqüentemente, enquanto o indivíduo faz as regras do mundo em que vive, a pessoa recebe as regras do mundo onde vive.

Ora, a primeira ordem normativa em que se recebe as regras ao invés de construí-las é a família, na qual nascemos, portanto, pessoa. Aliás, o conceito clássico de família não subsiste sem o elemento da complementaridade, pois nela o pai só é pai porque tem filhos, assim como o esposo dessa forma é chamado porque tem esposa. Vendo-se na contingência de ir à rua, o “homem cordial”, que é pessoa mais que indivíduo, organiza-a de modo a refletir as hierarquias de que sempre foi achegado. Desse modo se passa da cordialidade ao paternalismo.

Nesse ponto deve fazer-se um retorno a Ingeborg Maus (2000). A professora alemã, como já se falou acima, defende tese segundo a qual o Poder Judiciário alemão substituiu o monarca na qualidade de superego da sociedade alemã, alimentando relações paternalistas mediante o recurso a uma ordem de valores da qual seria o intérprete. Note-se a semelhança entre a crítica de Maus e as distinções acima feitas entre família e Estado, pessoa e indivíduo:

A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações “naturais”: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai.

[...]

Contra o “império da lei” despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e “valores”. (MAUS, 2000, p. 188 e 200).

Essa confusão entre relações familiares e relações de poder no Estado, como se viu, não é exclusividade brasileira. Mas, sendo o Brasil nosso objeto de estudos, é sensato novamente recorrer a Gilberto Freyre, que em “Sobrados e Mucambos” (1961) descreve o gradual declínio do patriarcado brasileiro, falando, inclusive, da substituição de “pais sociais” em nossa história, da colônia até o Império. Assim, os primeiros “pais sociais” brasileiros

foram os jesuítas, cujo paternalismo em nosso solo foi substituído por aquele do Rei de Portugal, quando se cuidou de diminuir a influência dos padres mediante nomeação dos administradores dentre os locais, como melhor explica o autor:

A substituição do paternalismo dos padres pelo del-Rei se acentuou com o alvará de 7 de julho de 1735, abolindo o poder temporal dos missionários e declarando-o incompatível com as obrigações do sacerdócio. Como substituir, porém, aqueles missionários dos quais tantos eram acusados de abusar do seu poder material sobre os indígenas? El-Rei procurou resolver o problema, determinando que nas vilas de ameríndios fôssem preferidos para os cargos de administração e de justiça os próprios “Índios naturaes dellas” e nas simples aldeias, fôssem encarregados do govêrno os respectivos principais que teriam por subalternos “os sargentos-mores, capitães, alferes e meirinhos de suas nações...”. Era a elevação dos ameríndios à categoria de súditos, responsáveis perante el-Rei pelo govêrno de suas comunas e protegidos por el-Rei mesmo contra outros pais sociais que pretendessem dominá-los e explorá-los: padres ou patriarcas. (FREYRE, 1961, p. 360).

A paternidade do Rei era externa, sediada em Portugal. Após a Independência, haveria de ser ocupada internamente, no caso, pelo monarca brasileiro, uma vez que não se concebia a orfandade.

O medo da orfandade, isto é, da falta de um guia, alimentava-se de um outro medo: o da desagregação entre os brasileiros. As diversas revoltas que ocorreram durante o Período Regencial, algumas de cunho autonomista ou mesmo emancipatório, adiantaram a coroação de Pedro de Alcântara. O que se sentia à época, segundo Octávio Tarquínio de Sousa (1972, p. 452), era que “esperar nem sempre é fácil e a antecipação do bem próximo é empresa que tenta sempre os mais sôfregos, os menos calmos. Por que não antecipar a Maioridade, se nela estava a salvação do país?”

Então, a esperança de manutenção da unidade nacional a partir da figura de um monarca terminou, mediante agitações incitadas pelo Partido Liberal, promovendo o Golpe da Maioridade, no qual se declarou que Pedro II, em seus quase quinze anos, já era maior de idade. A Constituição rezava que a maioridade do Imperador se dava aos dezoito anos, mas, apesar disso, uma quadra espalhada em panfletos dizia nas ruas do Rio de Janeiro:

"Queremos Pedro II
Embora não tenha idade!
A Nação dispensa a lei
E viva a Maioridade!"

De fato, o Segundo Reinado aquietou os levantes que haviam acontecido pelo país,

entre eles o de mais graves proporções: a Revolução Farroupilha, desfeita em 1845. O sucesso pacificador e a visão que se foi formando do Imperador, de figura sábia e ponderada, moralmente reverenciável, imprimiram em sua pessoa um arquétipo paternal, que se acentuaria também no exercício das funções do Poder Moderador, o guardião da Constituição do Império de 1824, tido por ela como a chave de toda a organização política nacional, dirigido à manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os poderes.³²

Pois, então, o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, na qualidade de guardião da Constituição, tem importante papel na definição da identidade constitucional brasileira, na medida em que ocupou de forma personalista e paternalista um lugar que deveria permanecer vazio, ou, dito de outro modo, fechou o que deveria ser mantido aberto. Explica Michel Rosenfeld que:

[...] podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à maior revisão.
[...] exploro a tese segundo a qual, em última instância, é preferível e mais acurado considerar o sujeito e a matéria constitucionais como uma ausência mais do que como uma presença. (ROSENFELD, 2003, p. 23 e 26, itálico do autor).

O que se revela nessa construção em torno do Imperador é a tendência também brasileira de ver o sujeito constitucional na unidade, ou seja, na presença de “um”. Numa democracia, em que complexidades e divergências intersubjetivas estão à mostra e mesmo assim precisam relacionar-se, a presença do “um” é difícil de ser construída e forjar sua construção pode ser, na verdade, uma tentativa de mascarar contradições, como mais uma vez expõe Rosenfeld ao examinar o tão famoso vocativo da Constituição dos Estados Unidos da América:

Tomemos como exemplo a expressão “Nós, o Povo” (“*We, the people*”) que emerge grandiosa e envolta em brumas como o sujeito constitucional nos Estados Unidos. Em abstrato, “Nós, o povo” parece ser completamente envolvente em seu abraço aparentemente pleno tanto dos constituintes quanto de todos aqueles a quem a Constituição se aplica. [...]
A unidade de “Nós, o povo” quando abordada de um ponto de vista mais concreto, no entanto, fragmenta-se. Por um lado, os autores da Constituição Americana de 1787, um grupo de homens brancos e proprietários, não representavam de modo algum todos aqueles que estariam sujeitos às suas prescrições constitucionais. Por outro lado, quando se contextualiza a assertiva “Nós, o Povo” em seu cenário histórico próprio, longe de se encontrar aí a expressão de uma verdadeira unidade, verificamos que ela consubstancia uma contradição absoluta. O sentido de “Nós, o

32 “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privatamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” (BRASIL, 1824).

Povo” no Preâmbulo da Constituição de 1787 não pode ser apreendido sem a afirmação segundo a qual “todos os homens nascem iguais” (“*all men are created equal*”), sancionada na Declaração da Independência Americana de 1776. Com base no credo fundamental de que todos os “homens” - com o sentido de “seres humanos” - nascem iguais, “Nós, o Povo” deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente nos EUA em 1787. Entretanto, à medida que a Constituição de 1787 omite a escravidão, não se pode dizer com justiça que a expressão “Nós, o Povo” incluía os escravos afro-americanos então vivendo nos EUA. (ROSENFELD, 2003, p. 24, *italico do autor*).

Já se mencionou neste trabalho as divergências entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, e aqui elas voltam a calhar, uma vez que Kelsen alertava para o perigo do que apregoava Schmitt em sua aclamação pela unidade. Kelsen (2003a) vê de modo claro que a democracia só se consolida no reconhecimento da pluralidade. Em caminho semelhante, Rosenfeld afirma que a identidade do sujeito constitucional só é alcançada quando se pode conhecer as outras identidades, para aceitá-las, rejeitá-las, incorporá-las ou tomá-las de empréstimo. Para ele, “a questão do sujeito emerge da necessidade do confronto com o outro.” (ROSENFELD, 2003, p. 29).

Se o Poder Moderador preencheu o lugar do sujeito constitucional durante o Império, engana-se quem pensa que a República repeliu o equívoco. Nesse novo período da história brasileira, surgem novos candidatos a ocupar o assento do sujeito constitucional, como abordado adiante.

6 O STF COMO FIGURA PATERNA?

A derrubada da monarquia num golpe de Estado sem participação popular dá início à história republicana brasileira, cuja primeira Constituição, de 1891, reorganiza os Poderes do Estado sem o Poder Moderador. Em seu lugar, a guarda da Constituição é conferida a um tribunal nos moldes do americano: o Supremo Tribunal Federal (STF).

Durante a República, vários foram os candidatos a substituto da figura paterna que foi D. Pedro II. Como já se disse acima, o lugar foi tomado algumas vezes pelo Presidente da República, entre os quais o maior exemplo foi Getúlio Vargas, chamado de “pai dos pobres” por implementar uma política tutelar de direitos sociais e trabalhistas cuja voz até hoje ecoa. O Congresso Nacional seria outro candidato se sua natureza difusa não lhe embaraçasse.

O terceiro candidato, o Supremo Tribunal Federal, a princípio seria forte pois havia herdado do Poder Moderador a guarda da Constituição. Sobre o tema, assim discorre Maria Fernanda Salcedo Repolês:

A passagem da guarda da Constituição para o órgão republicano – o Supremo Tribunal Federal – afastou, em princípio, o risco de personificação inerente ao critério político em favor de um corpo técnico e coletivo que fundamenta suas decisões por argumentos jurídicos, supostamente neutros política e moralmente. Mas os riscos inerentes a todo processo histórico não estão definitivamente afastados. É permanente a possibilidade de apropriação do espaço de decisão por valores, princípios religiosos e ideologias políticas próprias e transformadas em universalmente válidas por via do discurso de aplicação técnica, o que exige um reforço constante da Constituição como forma indisponível. (SALCEDO REPOLÊS, 2008, p. 32).

Mas a candidatura do STF logo esmaeceu. Entre os motivos, pode-se apontar o fato de que seus primeiros ministros vieram do Supremo Tribunal de Justiça do Império, já idosos e de espírito conservador. Além disso, desinteressado no trabalho do STF, o Presidente Floriano Peixoto deixara de nomear sete novos ministros para suprir as vagas daqueles que foram se aposentando, o que impedia o estabelecimento de quórum para instauração das sessões da Corte.

Como se não bastasse, havia resistências do Poder Executivo quanto às ordens emanadas do STF, a exemplo do que fez Hermes da Fonseca ao deixar de cumprir decisão em sede do *Habeas Corpus* n. 2.990³³, alegando que o STF fazia ingerência em assuntos políticos.

³³ Os requerentes buscavam garantir o cumprimento de seus mandatos eletivos no Conselho Municipal do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, do qual foram afastados por decreto do Presidente da República, Hermes da Fonseca, que convocara eleições para um novo Conselho. Em decisão de 25 de janeiro de 1911, o STF concluiu pela inconstitucionalidade da intervenção, uma vez que a Constituição da República de 1891 concedia autonomia ao Distrito Federal. Seguramente, o *Habeas Corpus* n. 2.990 faz parte da cronologia do

Durante o regime Vargas, ministros do STF foram aposentados compulsoriamente pelo Presidente da República. A Constituição da República de 1934 proibiu expressamente ao Poder Judiciário apreciar questões políticas. A Constituição da República de 1937, de caráter autoritário e dessa vez outorgada, manteve a proibição e ainda dispôs sobre a possibilidade de as decisões pela inconstitucionalidade serem revertidas por iniciativa do Poder Executivo, desde que com aprovação de dois terços do Congresso. Mas, como não foi instalado um Parlamento sob o regime autoritário, o Presidente acabou fazendo tudo por conta própria. Ademais, Getúlio Vargas encarregou-se da nomeação do Presidente e Vice-presidente do STF.

Essas contenções ao trabalho do Supremo Tribunal Federal repetiriam-se de modo igualmente pungente após o Ato Institucional n. 5, de 1968. Medidas embasadas nesse ato, além de suspenderem garantias fundamentais, como a apreciação judicial de lesões ou ameaças de lesões a direitos, resultaram na aposentadoria compulsória de três ministros.

Somente após a democratização do país pela Constituição da República de 1988 é que o STF experimentou uma grande arrancada no caminho de consolidar sua relevância para o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Curiosamente, o grande destaque adquirido pelo Tribunal Constitucional alemão também ocorreu após um regime autoritário, no caso o nazismo, quando se viveu uma época de desconsideração dos direitos fundamentais. O fim do regime autoritário e o restabelecimento das garantias constitucionais foi, para a Alemanha e o Brasil, o abrir de uma oportunidade de concretização de direitos. Como indício de que a experiência dos países se aproxima, há de se considerar o desenvolvimento, em seu respectivo tempo, de uma jurisprudência de valores, a inclinar o Judiciário a transformar-se, mediante a confusão entre valor e Direito, em uma administração judicial da moral (MAUS, 2000, p. 202).

É nessa nova fase da história do STF, pós-Constituição de 1988, que, a despeito de seu desejável fortalecimento institucional, vislumbra-se em intensidade nunca antes vista o risco de essa Corte ocupar o espaço do sujeito constitucional, oferecendo-se ou impondo-se como o “pai” que a democracia dispensa.

A partir do que foi exposto em capítulo anterior, pode-se dizer que, muito embora o Judiciário, no Brasil, não tenha confiança popular tão grande como a que experimentara D. Pedro II ou mesmo presidentes como Getúlio Vargas ou Lula, o risco de o STF apresentar-se na condição de figura paterna do povo brasileiro ainda subsiste, pois pode-se identificar

desenvolvimento da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Na falta de outro remédio constitucional, o relator, Min. Pedro Lessa, opinou pela concessão da ordem mediante extensão da aplicação do *habeas corpus* a quaisquer casos de violação da liberdade de locomoção. No caso objeto da ação, os requerentes tiveram o pedido atendido, haja vista que sua liberdade de locomoção foi obstada, não podendo adentrar o recinto do Conselho Municipal para ocupar seus legítimos cargos.

tentativas vindas de “cima para baixo”, ou seja, de iniciativa do próprio STF, a exemplo do uso da chamada “jurisprudência de valores” para sobrepor-se aos demais Poderes. Segundo Maria Fernanda Salcedo Repolês:

A construção da identidade do sujeito constitucional no contexto da Primeira República, e portanto quando da introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade, pressupõe que para que esses discursos técnico-jurídicos produzidos no trabalho interpretativo dos juizes não se transformem em discursos sobre as preferências axiológicas, religiosas ou políticas desses juizes, há que se colocar a indisponibilidade das formas jurídicas como condição de possibilidade. (SALCEDO REPOLÊS, 2007, p. 10).

Com efeito, o STF faz uso crescente do sopesamento de princípios à moda alemã, cuja doutrina guia é a de Robert Alexy (2008b), frequentemente acusada de permitir aflorar, nas decisões judiciais, o subjetivismo do próprio juiz.

Um dos críticos é justamente Habermas, para quem o emprego desse método de sopesamento dá vazão a concepções particulares ligadas a valores, inclusive valores exclusivamente morais, em desrespeito à simetria entre os participantes do discurso que se presume respeitada no curso do processo Legislativo (LIMA; MORAES, 2010). A eleição de um único ponto de vista moral para dar peso a princípios não atende a um pressuposto de legitimidade intimamente ligado à democracia, a participação de todos os interessados, pois pontos de vista morais podem restringir-se a comunidades específicas (LIMA; MORAES, 2010). Considerando que Habermas (2003a, v. 1, p. 145) sustenta que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”, somente o Direito pode enlaçar todos os membros de uma sociedade pluralista (LIMA; MORAES, 2010).

Ora, solucionando conflito de normas por meio de sopesamento de valores, os juízes passam a fazer administração judicial da moral (MAUS, 2000, p. 202), impondo a todos a visão de parte (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 113). Com efeito, arvoram-se eles na condição de guardiões da virtude (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 391), como se fossem mandatários de uma sociedade que lhes depositou suas concepções morais (LIMA; MORAES, 2010).

Ainda segundo Cattoni de Oliveira (2004, p. 401), o risco de que aqui se fala consubstanciaria “uma ditadura de 'boas intenções éticas e políticas' que desrespeitaria a cidadania e o Legislativo, na medida em que os reduziria a meros tutelados do Tribunal de cúpula, no caso do Supremo Tribunal Federal, ou, no caso alemão, da Corte Constitucional Federal”. E também nesse sentido, alerta Ingeborg Maus:

Assim, a “competência” do TFC – como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

“*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. (MAUS, 2000, p. 191, itálico da autora).

Eis o risco, portanto, de o STF se colocar, como fez o Poder Moderador, numa condição paterna em relação à sociedade, chamando para si um papel de condutor e referência moral, representante dos valores nacionais, o superego da sociedade, na expressão de Ingeborg Maus. Tais investidas do STF podem ser vistas, assim como foi quanto ao Poder Moderador, como uma tentativa de esconder as complexidades vividas num pluralismo democrático, a reduzir no discurso de onze cidadãos os anseios e valores de outros cento e noventa milhões. Sobre o TFC alemão, diz Ingeborg Maus que:

Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social ou Justiça.

[...]

Contra o “império da lei” despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e “valores”. Exatamente nessa auto-representação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade. (MAUS, 2000, p. 186 e 200).

Apesar de todo o exposto, não se pode esquecer a abertura cada vez maior para a qual caminha o STF mediante a ampliação do debate público quanto a suas funções. Mencione-se, nesse contexto, a participação cada vez mais acentuada dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas que vem se tornando uma constante. É claro, não se pode esquecer de uma ação de grande destaque que vem chamando a atenção de outras cortes no mundo inteiro: a transmissão ao vivo das sessões do STF pela televisão, submetendo o Tribunal a uma publicidade da qual não se tem precedente em lugar algum.

Enquanto se vê, por um lado, tentativas do STF em ocupar o lugar do sujeito

constitucional, por outro lado se vê uma chamada à participação da sociedade nos trabalhos da jurisdição constitucional, o que seguramente trabalha em desfavor da construção do paternalismo. O atual paradoxo do STF é este: as teses substancialistas convivem com uma estrutura procedimentalista.

Adiante, finalmente este trabalho aborda como as audiências públicas, no contexto desta estrutura procedimentalista, podem operar legitimando os trabalhos da jurisdição constitucional sem apelo a concepções paternalistas.

7 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E LEGITIMAÇÃO

Tendo falado antes sobre demandas de participação popular, com destaque particular à possibilidade de que sejam atendidas mediante influência da esfera pública sobre o sistema político, cumpre adiante abordar as audiências públicas segundo o ordenamento jurídico brasileiro, almejando finalmente apresentá-las como instrumento de legitimação de decisões.

7.1 Audiências públicas

Que são, afinal, as audiências públicas? Decerto, a expressão indica tratar-se de uma sessão em que o público é ouvido, mas o que a diferencia de outros canais, como a consulta pública, a enquete, o plebiscito ou o referendo?

O plebiscito e o referendo, previstos constitucionalmente, são instrumentos de exercício da soberania popular reservados ao sufrágio e regulamentados pelo Direito Eleitoral. São consultas feitas a todo o eleitorado e, assim como o voto para escolha de representantes, seu atendimento é obrigatório e seu resultado é vinculante, diferenciando-se entre si tão somente quanto ao momento da consulta. No caso do plebiscito, a consulta é anterior ao ato que será emanado. Já o referendo tem caráter confirmatório, pois é posterior ao ato. A Lei n. 9.709/1998, que regulamenta tais dispositivos previstos no art. 14 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), assim os define:

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. (BRASIL, 1998).

Fora do Direito Eleitoral, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993) elenca formas de participação popular na Administração Pública. Entre as formas de participação indireta estão a participação em órgãos de consulta (comitês, grupos de trabalho e conselhos, por exemplo) ou órgãos de decisão (órgãos de cogestão), a participação por meio de *ombudsman* e a participação por via do Poder Judiciário (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção coletivo).

As formas de participação direta comportam o direito de ser ouvido, exercido mediante o direito de petição, a ampla defesa e o contraditório, por exemplo, e a realização de

enquetes. Por enquete, Di Pietro entende a consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral. Essa definição corresponde àquela que se costuma dar também a audiências e consultas públicas, do que se deduz que o uso da palavra “enquete” é somente a adoção de correspondente ao francês “*enquête*”³⁴.

Com definições semelhantes à da enquete, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) menciona a coleta de opinião, de caráter vinculante ou meramente orientadora, o debate público, destinado a fazer confronto entre pontos de vista e contribuir para a melhor decisão administrativa, e, finalmente, a audiência pública. Segundo o autor, “as audiências públicas se caracterizam pela formalidade de seu procedimento e pela eficácia vinculatória de seus resultados.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 128).

Por sua vez, Fabiana de Menezes Soares (1997) trata da consulta popular e da audiência pública. Resumidamente, diz a autora que mediante consulta popular a Administração Pública coloca sob avaliação do povo um dado projeto, política ou regulamento, podendo as sugestões serem aceitas ou não. Quanto a audiência pública, entende esta em sentido amplo, como meio de se efetivar o direito de ser ouvido nas instâncias administrativas, “cujo fundamento reside tanto na garantia fundamental de receber informações dos órgãos públicos, quanto no exercício da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos.” (SOARES, 1997, p. 164).

Como se vê, há muita confusão entre os conceitos doutrinários dados aos variados instrumentos de participação do cidadão no Poder Público, o que certamente pode dificultar a tarefa deste trabalho. Por sorte, as menções feitas pelo menos a consultas e audiências públicas na legislação, embora lacunosas, parecem mais uniformes, desde que tratadas à luz da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Segundo o art. 31³⁵ da Lei n. 9.784/1999, a consulta pública ocorre no bojo de processo no qual já há uma parte interessada devidamente legitimada. Se, nesse processo, o órgão competente identifica um interesse geral em jogo, tem a faculdade – e não a obrigação –

34 São significados para “*enquête*”, segundo o “Dicionário Escolar Francês Michaelis”: “en.quête: nf 1 pesquisa, averiguação. 2 sindicância, devassa, inquérito. faire, **ouvrir une enquête** fazer, iniciar uma averiguação, um inquérito.” (AVOLIO; FAURY, 2007, negrito dos autores).

35 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.” (BRASIL, 1999a).

de abrir prazo para manifestação de terceiros antes de sua decisão, mas desde que não haja prejuízo para a parte interessada. A participação de um terceiro não lhe confere a condição de interessado, mas lhe dá direito de obter resposta fundamentada da Administração.

A audiência pública, segundo o art. 32³⁶ da mesma Lei, é chamada para debates quando há relevância de questão no processo discutida e, assim como a consulta pública, a critério da autoridade competente. Quanto à diferença entre consulta e audiência pública, José dos Santos Carvalho Filho diz que:

Não são exatamente iguais a consulta e a audiência públicas. Na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de *peças formais*, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de *debates orais* em sessão previamente designada para esse fim. A característica normal da audiência pública consiste na adoção do princípio da oralidade, segundo o qual as manifestações são veiculadas por palavras proferidas pelo participante na sessão designada para os debates. Não quero dizer que, eventualmente, algumas opiniões não possam ser formalizadas ou reduzidas a termo. Mas o núcleo da audiência é a manifestação oral e o debate travado em torno do assunto relevante objeto do processo. (CARVALHO FILHO, 2001, p. 186, itálico e negrito do autor).

Embora a referência legal a respeito de audiência pública seja breve e cercada de incompletudes, ao menos seu objetivo é apresentado: diz o art. 32 que a audiência pública pode ser realizada para *debates*. Isso permite concluir que ela não é uma instância decisória. Sua finalidade não é decidir, mas debater, isto é, ajuntar e opor opiniões. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 186), “a idéia é a de que, com o maior número de opinamentos, uns de apoio e outros de objeção, se forme um conflito de natureza dialética e se proporcione à Administração uma visão geral do problema diante dos vários enfoques que a matéria possa comportar.”

Essa conclusão quanto à finalidade das audiências públicas de certo auxilia a interpretação do procedimento a ser adotado a respeito de sessões da espécie que outras leis permitem ou obrigam a Administração Pública a realizar, a exemplo daquela prevista no art. 39 da Lei n. 8.666/1993 (BRASIL, 1993), a ser promovida sempre que uma licitação ou um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas tiver valor estimado superior a cento e cinquenta milhões de reais.

Dessa forma, à luz da Lei geral de processo administrativo, Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), as audiências públicas em processo administrativo de licitação não podem

36 “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.” (BRASIL, 1999a).

ser entendidas como vinculantes, assim como as audiências públicas em qualquer outro processo administrativo, a menos que a respectiva legislação específica diga o contrário.

Semelhantemente, não são vinculantes as audiências públicas convocadas pelas comissões do Congresso Nacional, previstas no inc. II do § 2º do art. 58 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), pois a Constituição nada diz a esse respeito. Os Regimento Internos da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989) e do Senado (BRASIL, 1970) também não dizem coisa alguma sobre isso, cuidando apenas de regulamentar o procedimento nas respectivas Casas. No caso do Senado, há previsão expressa de que a audiência pública poderá ser solicitada também por entidade da sociedade civil.

No Poder Judiciário, a realização de audiências públicas foi prevista nas Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c) especificamente para os processos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal³⁷. Dizem essas leis, em seus art. 9º, § 1º, e art. 6º, § 1º, respectivamente, que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator poderá convocar audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com autoridade e experiência na matéria.

No caso da jurisdição constitucional, depreende-se claramente que as audiências públicas não são vinculantes, pois, além de repetir-se aqui o silêncio do respectivo Regulamento, a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) atribui a guarda de si ao STF e a ninguém mais, afirmando, em seu art. 102, que cabe a ele processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Não é possível encontrar alternativas de delegação ou compartilhamento dessa competência.

Falar de vinculação do STF a audiências públicas que realize seria ignorar princípio nascido do próprio *judicial review*, já estudado anteriormente neste trabalho. Se a Jurisdição Constitucional é um Poder contramajoritário, não pode atrelar-se a instâncias de deliberação popular.

Um outro detalhe merece destaque. Em todos os casos se vê que a audiência pública é incluída nas disposições sobre a *instrução* do processo. O art. 32 da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), sobre audiências públicas e do qual já se falou, é encontrado no capítulo dessa Lei que é intitulado “Da Instrução”. As comissões do Congresso Nacional, que

³⁷ Todavia, isso não acanhou o STF, que convocou e realizou audiência pública sobre saúde, em consideração a diversas ações no controle incidental de constitucionalidade, e audiência pública sobre ações afirmativas de ingresso ao ensino superior, em consideração não apenas à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, mas também ao Recurso Extraordinário n. 597.285/RS.

convocam audiências públicas, trabalham na instrução do processo legislativo.

A realização de audiências públicas no STF, segundo o procedimento disciplinado pelas Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c), também ocorre na fase de instrução do processo, haja vista que, para convocá-las, o relator tem que admitir “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.” Dito de outro modo, o relator só convoca audiência pública quando o processo (e ele mesmo, o relator) não está instruído, isto é, preparado para uma decisão. Nessa direção, Elio Fazzalari (2006, p. 176) diz que “‘instruir’ significa, em sentido estrito, recolher todos os elementos para que uma questão seja decidida; para endireitar a eficaz metáfora, o juiz que deve decidir a questão esteja por fim ‘instruído’, isto é, preparado em relação a ela mesma.”

Na introdução da audiência pública realizada no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510, frisou o Ministro Relator Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2007) que sua natureza é instrutória e preparatória da audiência ortodoxamente jurisdicional que posteriormente seria feita para julgamento. Segundo ele, a audiência pública é, no mínimo, parajurisdicional, sendo seu objetivo colher dados para subsidiar a decisão judicial.

O fato de às audiências públicas ser dado um papel na fase de instrução processual é mais um argumento a revelar que, no ordenamento jurídico brasileiro, elas não são decisórias, embora sejam auxiliares à construção da decisão.

Além disso, se pensada do ponto de vista de uma audiência comum em juízo, a audiência pública também é meramente instrutória. O paralelo entre a audiência pública e a audiência comum, feita em juízo e composta pelas partes concretamente arroladas num processo judicial, é perfeitamente possível, sendo adequado até mesmo afirmar que a primeira é um alargamento da segunda, uma abertura à participação do público indefinido num processo que tem partes igualmente indefinidas.

No processo civil, trabalhista, penal e mesmo no administrativo, quando há partes definidas (processo disciplinar ou tributário, por exemplo), a audiência delas é um dos instrumentos do qual o órgão de decisão faz uso para formar seu convencimento, sem delegar a formação de seu convencimento a outrem. Uma audiência naquela escala mais ampla, isto é, uma audiência pública, não poderia fugir desse princípio da teoria geral do processo, sob pena de quebrar essa lógica e desmerecer o nome “audiência” e a classificação “ato de instrução processual”.

Outro exemplo de ato de instrução processual em sede da jurisdição constitucional é certamente a admissão do *amicus curiae*, entendido como como alguém que leva à Corte

informações sobre o objeto da ação. A participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas são justamente a grande inovação das Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c) no que tange à instrução das ações de controle abstrato e à abertura do STF à participação da sociedade.

A distinção mais notória entre as duas oportunidades de participação diz respeito à forma de manifestação dos que se apresentam. De acordo com o que é de se esperar em se considerando sua natureza, assim como ressaltado anteriormente mediante citação de José dos Santos Carvalho Filho (2001) no tocante a processo administrativo, as audiências públicas são realizadas de forma oral.

A oralidade faz das audiências públicas uma instância apropriada para um debate já existente na esfera pública e que se deseja reproduzir para instrução das ações examinadas pelo STF. Estando todos os participantes reunidos, a exposição oral permite de modo mais claro e dinâmico o confronto de teses. Além disso, permite que as dúvidas que resistiram às audiências sejam esclarecidas ainda naquela oportunidade, a exemplo da iniciativa do Min. Carlos Britto, relator na ADI n. 3510, que fez cinco perguntas aos expositores, respondidas ao cabo por representantes das duas teses divergentes (BRASIL, 2007).

Por fim, acredita-se que a manifestação oral, por atrair maior atenção do público, possibilita a este conhecer melhor o tema, auxiliado pela transmissão via rádio e televisão, obrigatória segundo o art. 154, parágrafo único, inc. V, do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2011).

A participação dos *amici curiae*, por sua vez, não é guiada pela oralidade³⁸. É de se ressaltar que a possibilidade de sustentação oral, haja vista o silêncio das Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c), só foi reconhecida pelo STF em 2003, em questão de ordem suscitada nas ADIs n. 2675 e n. 2777 (BINENBOJM, 2010; BRASIL, 2003). Antes disso, era entendimento do STF que só cabia ao *amicus curiae* oferecer contribuição por escrito. Hoje, permitida a sustentação oral, ressalte-se que ela não é o único meio permitido, ao contrário do que ocorre quanto a audiências públicas, sendo possível a simples juntada de considerações por escrito.

Uma outra distinção entre *amicus curiae* e audiências públicas diz respeito ao equilíbrio na representação das teses divergentes. Numa crítica à doutrina que vê o *amicus*

38 Voltando a mencionar a citação anteriormente feita de obra de José dos Santos Carvalho Filho (2001) no tocante a processo administrativo, seria possível comparar a participação de *amicus curiae* com a consulta pública da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), que, segundo o § 1º do seu art. 31, ocorre por meio de peças escritas.

curiae como um simples “amigo da corte”, isto é, alguém que só deseja auxiliar, e não influenciar, no trabalho da jurisdição constitucional, Damares Medina (2010a) assevera a possibilidade de que uma das teses confrontadas receba mais exposição que outras, haja vista que a admissão de um *amicus curiae* depende de pedido do candidato. Não havendo candidatos proporcionalmente filiados às correntes em oposição, não há nada que o Relator deva fazer para equilibrar as intervenções.

Sobre as audiências públicas, uma vez que são realizadas por iniciativa do Relator, que convoca abertamente os interessados, e são inteiramente organizadas pelo STF, é possível garantir participação igualitária entre os representantes das opiniões em confronto. O art. 154, parágrafo único, inc. II, do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2011), ordena que “havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião”. No mesmo caminho, o art. 154, parágrafo único, inc. III, do mesmo Regimento, prevê que “caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar”.

Por isso, Damares Medina (2010b) vê nas audiências públicas uma abertura de oportunidade nem sempre possível quanto aos *amici curiae*, referente à possibilidade de o STF modular a representação social dos participantes.

Nesse caminho, é relevante recordar que, na audiência pública realizada em 20 de abril de 2007, para instrução da ADI n. 3510 (BRASIL, 2007a), o Min. Carlos Britto definiu o procedimento tendo como norte a isonomia entre os participantes e inspirado pelo tratamento dado às audiências públicas no âmbito do Legislativo pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2007b). Semelhantemente, na audiência pública em sede da ADPF n. 101 (BRASIL, 2008), realizada em 27 de junho de 2008, a Min^a. Cármen Lúcia, relatora, mostrou rigoroso zelo em relação ao equilíbrio da exposição no tocante às diferentes opiniões. Essas duas audiências ocorreram antes que os dispositivos de regulamentação do procedimento, citados acima, fossem inseridos no Regimento Interno do STF por emenda de 18 de fevereiro de 2009.³⁹

³⁹ A preocupação com o equilíbrio entre opiniões divergentes e as inserções feitas no Regimento Interno do STF nesse sentido não evitaram, naturalmente, críticas às escolhas feitas pelo Min. Ricardo Lewandowski quando da convocação para audiência pública destinada a discutir ações afirmativas para acesso ao ensino superior. Conta reportagem de *O Estado de São Paulo* (ARRUDA; GALLUCCI, 2010) que o partido Democratas contestou a convocação do Min. Lewandowski, que teria admitido mais representantes favoráveis que contrários às ações afirmativas. O Ministro do STF rejeitou o pedido de modificação, alegando que a isonomia estava preservada.

7.2 Se as audiências públicas não são vinculantes, como podem ser legitimadoras?

Se a audiência pública no ordenamento jurídico brasileiro não tem viés decisório e vinculante, opostamente a outras consultas populares como o plebiscito e o referendo; se, ao cabo da realização da audiência pública, quem decide ainda é a autoridade constituída, que pode, inclusive, seguir caminho diverso daquele indicado no evento; de que modo se pode dizer que a audiência pública é legitimadora da decisão?

Para que a pergunta tenha resposta, primeiramente é preciso vencer a ideia que diz ser o poder democrático necessariamente decisório, como se ele só pudesse ser exercido ao cabo das discussões e não ao longo delas. Fosse assim, não teríamos saída para lidar com a crise da democracia representativa, pois, como já se viu, não parece viável abandoná-la em favor da democracia direta. Se o momento da democracia fosse apenas o momento da decisão, seria forçoso concordar com Rousseau e afirmar que a democracia é uma ilusão, pois o povo pouco ou nada decide verdadeiramente.

Talvez o exercício da democracia seja associado tão instintivamente ao momento da decisão em virtude da consagrada aplicação da regra da maioria, que define objetivamente a decisão a ser tomada. Na inexistência tão corriqueiramente democrática de unanimidade, a regra da maioria dissipa as divergências afirmando que a solução que obtiver maior número de adeptos prevalecerá sobre as demais. Mas, se considerada em si mesma, a regra da maioria nada tem a ver com a racionalidade ou justiça da decisão. Ela é um procedimento decisório meramente pragmático para resolução de divergências, só melhor que o sorteio porque não depende do acaso, mas da vontade.

Expondo sobre a obra de Werner Becker, Habermas (2003a) explica de que forma esse autor entende a regra da maioria como uma domesticação da luta pelo poder, ou, dito de outro modo, como instrumento de estabilidade da ordem mantida pelo Estado contra os conflitos de interesses na sociedade. Num contexto de democracia baseada na concorrência de interesses e soluções, a aplicação da regra da maioria é garantida pela ameaça, quase sempre encoberta, de a maioria romper o acordo que prevê a renúncia ao uso da violência. Isso significa a submissão da minoria, se não pelo voto, seguramente pela força. Aquilo que a maioria poderia buscar obter pela violência, a regra da maioria permite-lhe lograr por um procedimento previamente ajustado e publicamente conhecido, expediente que assegura a estabilidade de que se falou.

Desse modo, a democracia decisória que tem como mecanismo a regra da maioria confere legitimidade à ordem apenas se legitimidade for compreendida como estabilidade ou

prevenção de convulsões sociais. Do ponto de vista da racionalidade, entretanto, esse modelo de democracia não pode ser inteiramente legítimo. Nas palavras de Becker:

Na democracia não se trata de conseguir a “verdade objetiva” dos objetivos políticos. O que importa é, antes de tudo, produzir condições para a aceitação democrática dos objetivos perseguidos pelos partidos políticos. Nesta medida, os argumentos políticos não podem ser tomados como contribuições para o desenvolvimento de teorias “verdadeiras”; porém, são “armas” que tentam evitar o emprego da violência. (BECKER, 1982, p. 101 apud HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 16).

Tudo indica que a regra da maioria tem como grande vantagem facilitar o ajuste entre interesses, no que se identifica prontamente com a visão liberal de democracia, nascida nas revoluções burguesas.

A França é a melhor das ilustrações a esse respeito. Durante o Antigo Regime, dividido aquele país em três Estados (a nobreza, o clero e o restante), era dado um voto a cada grupo. Mas saíam sempre vencedores os interesses conservadores, uma vez que a nobreza e o clero uniam-se, somando dois votos contra o voto único do Terceiro Estado, apesar de este último representar a maior parte dos franceses.

Na Assembleia dos Estados Gerais de 1789, o Terceiro Estado propôs o voto por deputado, o que lhe daria vantagem e lhe fez receber a oposição dos outros dois Estados. O que estava em discussão nas primeiras ebulições revolucionárias era que, mesmo sendo maioria da população, o Terceiro Estado, liderado pela burguesia, tinha seus interesses prejudicados. A ideia burguesa era aplicar a mesma regra da maioria já tradicionalmente usada na Assembleia, desde que, dessa vez, a contagem de maioria lhe beneficiasse.

Se a perspectiva liberal, segundo Habermas, realiza-se na forma de compromisso de interesses, a perspectiva republicana “vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercido pelas vias culturais.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 19).

Empenhado em oferecer algo além da visão de Becker, Habermas se apoia na teoria do discurso, que segundo ele assimila elementos tanto da visão liberal quanto da republicana. De acordo com ele:

Esse processo democrático estabelece um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as

formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa. (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 19).

Por essa teoria procedimentalista, é possível dizer que a democracia não pode ser resumida à participação na decisão, devendo falar-se em participação também no *processo*. Isso colabora para a solução de dois problemas anteriormente abordados: a crise da democracia representativa confrontada com a inviabilidade da democracia direta e a ausência de garantias de racionalidade das decisões tomadas com emprego da regra da maioria.

Além dos problemas ligados a infraestrutura, já comentados quando foi abordada a evolução dos modelos democráticos, chega-se à conclusão pela inviabilidade da democracia direta nos dias de hoje examinando seu alto custo para os próprios cidadãos.

Todo procedimento que embarace a esfera privada dos cidadãos, ainda que bem intencionado, está fadado a fracassar. A razão é simples: esse procedimento desprezaria o fato de que as pessoas necessitam cuidar de si antes de cuidar dos assuntos públicos; os indivíduos, antes de tornarem-se cidadãos de um Estado, são seres humanos. Norberto Bobbio se mostra atento a isso ao criticar a ideia de um homem que é cidadão em tempo integral:

A politização integral da própria vida é a via que conduz ao estado total e àquilo que Dahrendorf chamou de cidadão total, para o qual a pólis é tudo e o indivíduo nada. Na história da qual somos os herdeiros diretos, o estado não é tudo; em cada época sempre existiu ao lado do estado um não-estado sob a forma de sociedade religiosa contraposta à sociedade política, ou da vida contemplativa contraposta à vida ativa, ou ainda apenas do conjunto das relações econômicas, fechadas no âmbito da família ou abertas em direção ao mercado, distintas das relações de pura dominação que caracterizam o estado. (BOBBIO, 1986, p. 76).

Se os cidadãos fossem demandados a decidir sobre cada questão que na democracia representativa fica a cargo do Parlamento, uma parte considerável de sua atenção seria aprisionada para essa finalidade. Ora, essa atenção necessária à vida pública só poderia ser subtraída da vida privada, coisa que a poucos agradaria. Mesmo uma proposta de democracia direta que fizesse uso de instrumentos de comunicação mais avançados, como a *internet*, afastaria o cidadão de sua vida privada, pois, se não demanda deslocamento, a democracia direta eletrônica ainda demandaria tempo a ser destinado a estudos, debates, reflexão e, finalmente, ao voto.

Seria natural que as pessoas resistissem a esse contínuo chamado. A um cidadão comum, que dedica algum tempo a família, amigos, trabalho, estudo e, claro, recreação, custaria muito se dedicar tanto à pólis. Lembre-se que a democracia direta em Atenas também

só foi possível porque os escravos trabalhavam pelos cidadãos.

Essa resistência a uma participação tão forte não seria falta de compromisso do cidadão, mas sim um compromisso com aquilo que lhe faz viver melhor, com aquilo que satisfaz antes à sua humanidade⁴⁰.

Logo, parece que a democracia direta fracassaria por si, querendo demasiadamente do cidadão a ponto de inviabilizar-se. Segundo Bobbio, essa democracia direta seria um excesso de democracia:

O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é freqüentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia. (BOBBIO, 1986, p. 26).

O cidadão total é algo que não poderia ser obtido do ser humano pelas vias naturais. Uma alternativa para sua consecução seria, portanto, a coerção, isto é, obrigar à participação, compelir à democracia. Nesse caso, paradoxalmente não estaríamos mais falando de um Estado democrático, mas de um Estado totalitário. Leia-se mais uma vez as palavras de Bobbio:

É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade. Em seus escritos de juventude Marx havia indicado o homem total como meta do desenvolvimento civil da humanidade. Mas o indivíduo rousseauiano conclamado a participar da manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total mas o cidadão total (como foi chamado com evidentes intenções polêmicas por Dahrendorf). E, bem vistas as coisas, o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do estado total. Não por acaso a democracia rousseauiana foi freqüentemente interpretada como

40 Rousseau foi certamente contra essa afirmação. Para ele, é preguiçoso quem negligencia a vida pública em favor da vida privada, ainda que contribua financeiramente para os negócios do governo. Ele assim escreveu: “Tão logo o serviço público deixa de ser a principal atividade dos cidadãos, ao qual preferem servir com sua bolsa do que com sua pessoa, já o Estado se acha à beira da ruína. Se é preciso seguir para o combate, pagam as tropas e ficam em casa; se é preciso ir ao conselho, nomeiam deputados e continuam em casa. À força de preguiça e dinheiro, terão, enfim, soldados para escravizar a pátria e representantes, para vendê-la. É a confusão do comércio e das artes, é o ávido interesse do ganho, é a lassidão e o amor das comodidades que transformam os serviços pessoais em dinheiro. Cede-se parte do lucro para aumentá-lo à vontade. Dai dinheiro e logo tereis grilhões. A palavra *Finança* é uma palavra de escravo; é desconhecida na Cidade. Num Estado realmente livre, os cidadãos fazem tudo com seus braços, e nada com o dinheiro. Longe de pagar para isentar-se de seus deveres, pagariam para cumpri-los eles mesmos. Estou bem longe das ideias comuns, por isso considero as corvéias menos contrárias à liberdade que os impostos.” (ROUSSEAU, 1996, p. 112-113, *italico do autor*).

Sem querer empregar um *argumentum ad hominem* para refutar sua tese, como Rousseau levou seus filhos a um orfanato, talvez a vida pública tenha sido mais relevante para ele que a vida privada. É mesmo possível que, para alguns, assim o seja, mas não parece ser essa a aspiração da maioria. Sejam as preferências respeitadas em ambos os casos.

democracia totalitária em polêmica com a democracia liberal.

O cidadão total e o estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da pólis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante. (BOBBIO, 1986, p. 42-43).

Diferentemente, se a democracia puder ser compreendida não apenas como ferramenta decisória, mas também como processo de formação da opinião e da vontade, a participação do cidadão, não podendo acontecer concretamente na totalidade das inúmeras decisões do sistema político, terá a sua ocasião na fase anterior. Se a participação ocorre também na fase da formação da opinião e da vontade, ela influencia o sistema político de forma difusa. Ao contrário da proposta da democracia direta, que exige em demasia do cidadão, esse modelo de participação difusa não embaraça o desenvolvimento da esfera privada.

Habermas acredita que a presença de condições de discurso durante o processo deliberativo é fundamental para que a decisão final seja aceitável também do ponto de vista da racionalidade. Nesse sentido, ele acredita que mesmo a criticada regra da maioria pode ser redimida se passar a ser compreendida segundo as reflexões de Julius Fröbel, “um democrata do sul da Alemanha, [que] desenvolveu, em 1848, a idéia de uma vontade geral pensada de modo não-utilitarista, a qual deve formar-se da vontade livre de todos os habitantes dos burgos, através de discussão e consenso.” (HABERMAS, 2003a, v. 2, p. 260).

Explica Habermas que Fröbel interpreta a regra da maioria como um acordo condicionado, não pela renúncia à violência, mas sim pelo trunfo do melhor argumento. Tomada a decisão após o voto da maioria, não se exige da minoria que abdique de sua vontade nem se considera que ela se equivocou. Apenas se exige provisoriamente que a minoria renuncie à aplicação de suas convicções até que possa, pela via do discurso, convencer a maioria sobre suas razões.

Entende-se que a esfera pública é capaz de ser canal mediante o qual os fluxos de comunicação podem instruir os processos de formação da opinião e da vontade, numa construção racional da verdade. Conforme Habermas (2003a, v. 2, p. 33), “a formação democrática da opinião e da vontade depende de opiniões públicas informais que idealmente se formam em estruturas de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder.”

Sobre as audiências públicas, finalmente, acredita-se que podem ser legitimadoras, apesar de não decisórias, se operarem como canal da esfera pública, conduzindo conteúdos até o sistema político para influenciar sua decisão.

Primeiramente, a esfera pública se mobiliza para levar argumentos por via da

audiência pública. Após a realização da audiência pública, a esfera pública continua mobilizada, atenta à decisão da autoridade constituída. Se a decisão é contrária ao obtido da audiência, ou a autoridade convence a esfera pública ou recebe oposição dela. Nesse último caso, a influência contrária que foi contida pela decisão seguirá fazendo força e poderá terminar vazando por outro canal, como as eleições ou até mesmo o *recall*, para o caso de cargos eletivos.

No caso do Poder Judiciário, onde os cargos não são eletivos, a influência contrária pode não vazar pelos canais eleitorais, mas certamente pode fazê-lo pelos canais da esfera pública. Os ministros do STF são inamovíveis, mas seus posicionamentos não estão isentos da crítica popular e da crítica especializada. Ainda que o cargo não possa ser ameaçado pelas críticas, o respeito ao ocupante pode.

Portanto, para que se entenda as audiências públicas como instrumento legitimador, é essencial que elas sejam compreendidas como uma canalização da influência feita cotidianamente pela esfera pública. É essa a tarefa da seção seguinte.

7.3 Audiências públicas como canalização de influência

Nas obras de Fabiana de Menezes Soares (1997) e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), neste trabalho já citadas, há referências à classificação elaborada por Jean-Paul Ferrier sobre participação popular. O autor francês fala de participação direta e participação ideológica ou política (escolha de representantes), além de participação psicológica. Por participação psicológica, ele entende a influência exercida pelos cidadãos sobre órgãos ou agentes do Estado.

Se for necessário enquadrar as audiências públicas numa dessas três espécies de participação, decerto será na psicológica. Ainda que o uso da expressão “participação psicológica” seja infeliz, podendo dar a entender que está afastada qualquer manifestação corporal desse movimento, por intermédio do conceito dado é possível defender que audiências públicas nele se enquadram, isso porque, no conceito dado, fala-se de influência.

As audiências públicas são uma corporificação da influência abstratamente exercida pela esfera pública. Mas ela não é a esfera pública nem no sentido daquelas metáforas usadas, como as arenas, por exemplo. Não é uma arena, onde a discussão nasce e amadurece, gerando opiniões. Precisamente, é um direcionamento dessas opiniões até os sistemas, ou, dizendo de outra forma, é um meio através do qual as opiniões são levadas até os sistemas, um canal.

Assim como outros canais da esfera pública, a exemplo das passeatas e dos jornais, as

audiências públicas conduzem a influência da esfera pública até o sistema (que pode ser o sistema político ou o sistema jurídico, por exemplo), mas desta vez de maneira institucionalizada, isto é, regulamentadas pelo próprio sistema, no caso brasileiro até organizadas por ele.

Os exemplos de audiências públicas regulamentadas já citados neste trabalho ilustram muito bem como, ao contrário do que ocorre com os jornais, os sistemas se responsabilizam pela organização do canal, o que, a propósito, ainda é feito de maneira insuficientemente aberta no Brasil. Veja que, no caso da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), dos Regimentos da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989) e do Senado (BRASIL, 1970), assim como das Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c), as audiências públicas dependem de convocação da autoridade competente, inexistindo meios institucionais para que a iniciativa seja tomada pela sociedade civil⁴¹.

Em que pese a crítica, não se acredita que o fato de serem organizadas pelos sistemas descaracterize a capacidade de as audiências públicas atuarem como canal da esfera pública. Isso porque a audiência pública, como ato de instrução processual, encadeia-se num *processo* público, naturalmente organizado pelo Estado, e, ademais, a prática do ato depende de pressupostos de admissão garantidos também pelo Estado.

Com efeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) entende que a participação tem duas condições. A primeira delas, de cunho objetivo, é a *admissão* à participação, isto é, a existência jurídico-institucional de instrumentos que sirvam à vontade participativa, sem os quais esta vontade, embora existente, estaria represada. O responsável pela garantia e pela regulamentação dos pressupostos de admissão, sem dúvida, é o Estado.

Os pressupostos de admissão são uma abertura feita pelo Estado em um sistema, operando a permeabilização do poder. Isso não quer dizer que a participação seja concessão do Estado. Na verdade, essa espécie de abertura geralmente é produto de pressão democraticamente dirigida ao Estado pela esfera pública.

A propósito, a segunda das condições se relaciona com essa pressão. De cunho subjetivo, há a *motivação* como condição à participação, ligada à atitude do cidadão diante do poder. “Se o homem *não se interessa* pela política (atitude apática), se não quer dela participar (atitude abúlica) ou se *não se sente com condições de poder fazê-lo* (atitude acrática), a democracia fica irremediavelmente sacrificada.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 11, itálico do

41 Uma notável exceção é a audiência pública para licenciamento ambiental prevista na Resolução n. 009/87 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (BRASIL, 1987). O art. 2º da Resolução afirma que a audiência será realizada sempre que solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou número igual ou superior a cinquenta cidadãos.

autor).

Isso posto, pode-se entender que as audiências públicas são um pressuposto de admissão à participação, criadas em que âmbito seja, que devem se somar à motivação para operar adequadamente. A criação e a regulamentação do instituto pelo Estado não bastam se os cidadãos não se apresentarem para participar, como reconhece Moreira Neto:

A mera atitude participativa sem a institucionalização de formas de participação é motivo de frustrações e de indignação: o indivíduo se sente esbulhado na sua liberdade fundamental de influir. A instituição de participação sem a atitude participativa, por outro lado, de nada vale: é meramente decorativa, simula uma aparência de democracia, funciona em nível formal, quando, efetivamente, não existe motivação, disposição, vontade, interesse, estímulo para que cada um dê sua contribuição possível nos assuntos de interesse coletivo. As decisões são tomadas por poucos e em regra, no interesse de poucos. (MOREIRA NETO, 1992, p. 12, itálico do autor).

É sabido que muito se critica a sociedade civil brasileira por uma suposta debilidade da atitude participativa. Essa crítica pode ser uma séria objeção à ideia de que as audiências públicas no Brasil são canalização de influência. Afinal, ainda que se crie o canal, se a sociedade civil não tiver forças para soprar sua influência através dele, de nada ele valerá. Adiante essa objeção é tratada.

Para Leonardo Avritzer (1994), a ideia de sociedade civil é revisitada a partir da década de oitenta por três motivos. Primeiro, ele cita o esgotamento das formas de organização marxistas e sua proposta de fusão entre sociedade, Estado e mercado. Em segundo lugar, ele fala da crítica ao desempenho do Estado de bem-estar social e o concomitante surgimento de novos movimentos sociais a demandar que o Estado respeite a autonomia de determinadas arenas. Por fim, indica o terceiro fenômeno, que é a inserção da discussão sobre sociedade civil no processo de democratização da América Latina e do Leste Europeu, com foco na reação da sociedade contra o Estado outrora centralizador.

Não obstante o ressurgimento do tema tenha influenciado todo o Ocidente, há uma sensível diferença entre a situação da América Anglo-saxã e Europa Ocidental e a situação da América Latina e Europa Oriental. Segundo Avritzer (1994, p. 272), “trata-se de perceber que, nos países centrais do Ocidente o conceito de sociedade civil remete à recuperação de uma dimensão societária associada à modernidade temporã.”

Sim, enquanto nos países do centro há a *recuperação* da ideia, nos países periféricos a sociedade civil ainda haveria de ser *constituída*, haja vista que essas culturas não experimentaram verdadeiramente o liberalismo, tido como fomentador da separação entre mercado e Estado, é claro, mas também entre sociedade e Estado. Segue Avritzer a dizer que:

A comparação, portanto, entre os casos acima mencionados e o caso dos países latino-americanos, coloca um problema de natureza teórica para a compreensão do conceito de sociedade civil. Trata-se de perceber que, diferentemente dos países da Europa Ocidental e da América do Norte, o liberalismo jamais se naturalizou entre nós, a não ser como fachada ou decoração externa, para usar a feliz expressão de Sérgio Buarque de Holanda. (AVRITZER, 1994, p. 273).

É até possível afirmar que a América Latina não desenvolveu a ideia de sociedade civil concomitantemente aos países centrais porque tardou também a desenvolver a ideia de indivíduo, o que seria uma necessidade prévia. Ressalte-se que, sendo a sociedade civil composta por associações essencialmente igualitárias, haja vista que a igualdade é indispensável em se tratando de um espaço discursivo, seu conceito só pode ser trabalhado a partir do indivíduo.

Isso pode ser bem ilustrado pelas categorias “indivíduo” e “pessoa”, empregadas por Roberto da Matta (1981) e já trabalhadas antes. Segundo ele, a formação da cultura brasileira (pode-se falar, por extensão, na cultura latino-americana) se fundamentou na ideia de pessoa, que é essencialmente hierarquizante e justifica, a propósito, o relacionamento paternalista entre governantes e cidadãos e entre Estado e sociedade. No caso, não há autonomia da sociedade em relação ao Estado, mas sim subordinação, opostamente ao que se vê na América Anglo-saxã e na Europa Ocidental.

Não obstante essa diferença cultural entre centro e periferia, é fato o intercâmbio entre essas áreas do Ocidente, que veio sendo aumentado nos dois últimos séculos e sobretudo nas décadas posteriores à Segunda Guerra, seja por pressão da economia capitalista ou por impulso ideológico das teses políticas. O referido intercâmbio promoveu homogeneização entre centro e periferia, geralmente fazendo com que esta adotasse modelos já experimentados por aquele.

Nesse sentido, lembre-se da inclinação da América Latina ao “imitacionismo”, importando para uso próprio os modelos da Europa Ocidental ou da América Anglo-saxã, medida que a história mostra às vezes não dar certo, porque o modelo de racionalização societária (também o estatal) nem sempre se adapta à cultura ainda não racionalizada, como parece dizer Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160) na sua célebre sentença: “a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido.”

Por outro lado, a não racionalização da cultura não pode ser pretexto para a continuidade dos modelos antigos. O prejuízo a ser suportado pela América Latina é ter que se modernizar em prazo mais curto do que aquele consumido pelos países centrais. O rigoroso

projeto de homogeneização do Ocidente impõe à periferia um encurtamento de caminho que pode representar danos, é certo, mas que, se bem trilhado, pode saudavelmente cooperar para a racionalização também da cultura.

Nesse sentido, Leonardo Avritzer (1994) apoia-se em Max Weber e vê uma relação de *feedback* entre racionalização cultural e racionalização da sociedade. Entende ele que, na medida em que os fenômenos nutrem-se uns aos outros, o processo tardio que se vê desenvolver nos países periféricos pode, ao cabo, terminar no mesmo lugar ao qual os países centrais foram conduzidos pelo processo pioneiro. A tese questiona a ideia de que a modernização só pode ser alcançada por um único caminho, notadamente aquele tomado pela Europa Ocidental e América Anglo-saxã. No caso latino-americano, teria ocorrido apenas de a modernização do Estado e do Mercado ter se dado à frente da modernização da cultura.

Retomando o assunto, pode-se entender as audiências públicas como um entre vários institutos capazes de fomentar a racionalização cultural, na medida em que induzem a participação da sociedade civil. De volta ao que já se expôs sobre admissibilidade e motivação, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 21, itálico do autor) diz que são ambos “fatores essenciais à participação política, mas o alargamento da admissibilidade institucional já desempenha, *ipso facto*, um papel pedagógico importante no que toca à motivação da sociedade para atuar politicamente.”

Do ponto de vista da democracia, o Estado que atua nessa direção não faz mal, pois avança para depois recuar, ou, dito de outra forma, usa o poder somente para fomentar a tomada dele pela sociedade civil. Nesse caso, a atuação do Estado não pode ser chamada de paternalista, mas sim de emancipatória.

As audiências públicas realizadas no STF sempre foram demandadas pelo respectivo ministro relator, pois é assim que prevê a legislação. Apesar do exercício solitário do poder pelo relator, não parece prudente dizer que a postura da legislação sobre audiências públicas no STF é paternalista. Acredita-se que a realização de audiências públicas em sede de ações no controle abstrato de constitucionalidade, conforme convocadas pelo relator, incita aos poucos a esfera pública a, por sua vez, pressionar o Tribunal para fazer-se ouvir.

É possível que, assim, o STF esteja pavimentando um caminho para empoderamento da sociedade civil. Se hoje o STF convoca a sociedade civil para lhe falar, amanhã talvez a sociedade civil convoque o STF a ouvi-la.

Ao fim desta seção, é necessário enfatizar que não se está afirmando a inexistência de uma sociedade civil brasileira. Ela existe, segundo Avritzer (1994), desde o final dos anos 70 e lá surgiu num tripé: sindicalismo, movimentos de base da Igreja Católica e associativismo

profissional da classe média. A objeção considerada desde o início se referia à debilidade e não à inexistência de uma sociedade civil no país.

Pelo exposto, mesmo considerando que ainda é débil a sociedade civil e, portanto, vacilante a sua vontade participativa, ela pelo menos existe e, por isso, pode ser fortalecida pela abertura de canais pelos quais as opiniões possam ser conduzidas. Essa abertura faz aquele *feedback* do qual se falou, haja vista que, fomentando a sociedade civil, os canais de influência abertos para ela passarão a ser garantidos pela força dessa mesma influência.

7.4 Audiências públicas e processo

Em seção anterior, as audiências públicas foram classificadas como ato de instrução processual. A menção a *processo* foi feita de caso pensado, no intuito de que seja reconhecido o poder legitimatório das audiências públicas a partir desse encadeamento de atos em *contraditório*.

A seguir, faz-se uma necessária exposição a respeito dos princípios do contraditório, da igualdade (e imparcialidade) e da motivação (ou fundamentação), todos relacionados entre si.

Débora Fioratto (2010) defende em artigo a relação de codependência entre contraditório e fundamentação, argumentando que o contraditório é garantia de influência na construção do provimento e, assim, só se pode dizer que houve respeito ao contraditório se a fundamentação da sentença cuidar das razões apresentadas pelas partes.

É intenção desta seção defender a ideia da codependência entre contraditório e fundamentação e ir além, sugerindo uma ideia de codependência entre contraditório, fundamentação, igualdade e imparcialidade. Todos estes princípios se voltam a garantir a realização do contraditório e, portanto, assegurar que os procedimentos conduzidos pelo Estado, em cujo provimento haja interessados, sejam considerados *processo* na acepção democrática da palavra, eliminando não só o arbítrio do decisor, mas também sua sobrelevação.

A relevância desse relacionamento codependente entre princípios pode ser demonstrada mediante estudo do conteúdo do princípio do devido processo legal, protegido pelo inc. LIV do art. 5º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). Segundo a Profª. Iara Menezes Lima (2007), dito princípio, na sua dimensão processual, encontra realização no efetivo acesso à justiça, o que só ocorre mediante observância de outros princípios de natureza processual, a exemplo do contraditório, ampla defesa, juiz natural e

razoabilidade da duração do processo.

Tendo em vista o compromisso do princípio do devido processo legal com a justiça, a correção, a efetividade e a presteza da prestação jurisdicional, Humberto Theodoro Júnior (2008) chama-lhe “superprincípio”, o qual coordena e delimita todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento.

Na medida em que “todos os outros princípios de natureza processual são densificações do princípio do processo legal” (LIMA, 2007, p. 172), é adequado afirmar que esse princípio resume a ideia de codependência entre contraditório, igualdade, imparcialidade e fundamentação, dos quais se cuida separadamente a seguir.

7.4.1 *Contraditório*

Com efeito, a clássica distinção feita por Fazzalari (2006) entre procedimento e processo tem o contraditório como pedra angular. Não é uma distinção opositora, todavia, haja vista que o autor trata processo como gênero de procedimento. Procedimento e processo têm em comum o fato de serem composições de uma série de atos que é condição para um ato final, o provimento.

A diferença entre os dois encadeamentos é que, no processo, todos aqueles que sofrerão repercussão dos efeitos do ato final são chamados a participar em simétrica paridade, de modo que atuem e fiscalizem a atuação dos demais interessados no ato final e também a atuação daquele que o proferirá. Nas palavras do próprio Fazzalari:

Existe, em resumo, o 'processo', quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120, *itálico do autor*).

Sobreleva anotar que essa estrutura dialética, o contraditório, torna necessário que no processo atuem, além daquele que profere o ato final, pelo menos outras duas pessoas. Segundo Fazzalari (2006, p. 122), “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um 'interessado' e um 'contra-interessado', sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.”

Isso é muito evidente em se tratando do processo civil ou do processo penal, nos quais

se vê a atuação de autor e réu, com uma pessoa em cada posição, no mínimo. Mas, a princípio, não é o que se vê num processo administrativo⁴², num processo legislativo ou num processo de controle concentrado de constitucionalidade, exemplos já trabalhados em seção anterior.

Detidamente quanto ao caso do controle concentrado de constitucionalidade no STF, a sua finalidade é obter a declaração de (in)constitucionalidade de uma norma em tese, independentemente de sua repercussão sobre casos concretos. O STF, que deve proferir o ato final nesse caso, não dará solução a um conflito concreto entre autor e réu. O ato final será essencialmente a conclusão do colegiado a respeito das *teses* submetidas à sua apreciação.

Como não há um conflito em concreto – e é por isso que o controle concentrado é também chamado de controle abstrato –, essa espécie de processo não possui partes no sentido mais estrito adotado pela teoria do processo, entendidas como sujeitos litigantes identificáveis prontamente como os representantes de interesses contrapostos. Essa seria uma categoria *objetiva* de processo.

Embora seja fácil constatar que essa categoria de processo não tem partes, não se pode afirmar, senão superficialmente, a inexistência de interessados no provimento. Apesar de não se encontrarem concretamente individualizados, exatamente porque não há partes no processo, há interesses dos mais diversificados em jogo, porquanto variadas concepções sociológicas, econômicas, morais, antropológicas e religiosas, apenas por exemplo, concorrem em alto som ou silenciosamente pelos acórdãos no controle abstrato de constitucionalidade⁴³.

Todavia, tais concepções não têm participação no processo objetivo na mesma proporção que têm as partes num processo comum. Se é possível ver a aplicação do contraditório plenamente desenvolvida nos processos civil e penal, no processo de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro não é.

Mas isso não quer dizer que o contraditório é inexistente no processo de controle concentrado de constitucionalidade. De fato, os constitucionalmente legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade podem ser relativamente considerados representantes dos interesses em jogo. Não é sem motivo que para alguns legitimados o STF requer pertinência temática, isto é, a “relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da

42 Exceto em algumas modalidades, como no processo disciplinar ou tributário, em que há partes claramente definidas.

43 Tome-se como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 (BRASIL, 2007), em que se discutiu as pesquisas com células-tronco embrionárias.

entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato.” (BRASIL, 2006).⁴⁴

Os que têm legitimidade condicionada a pertinência temática atuam na estrita defesa dos interesses que representam, municiando o STF com argumentos a seu favor, atuando contrariamente ao Advogado-Geral da União, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que age como curador da presunção de constitucionalidade de todos os atos emanados do Poder Público⁴⁵.

Mesmo nas hipóteses em que a ADI é proposta pelos legitimados que não se condicionam a pertinência temática, há momentos de exercício do contraditório. O proponente, ainda que não seja estatutária ou institucionalmente interessado no objeto, defenderá a inconstitucionalidade como sua tese. Novamente, a tese oposta será de responsabilidade do Advogado-Geral da União.

Em ambos os casos, exigindo-se ou não a pertinência temática, vê-se a centelha do contraditório ser acendida mesmo num processo objetivo⁴⁶.

No mesmo sentido, entende-se que a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas prestam-se a mitigar a ausência de contraditório e, por conseguinte, diminuir o déficit de legitimidade do processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

O contraditório é um ponto em que se chega inevitavelmente quando se parte da perspectiva habermasiana de legitimidade. Se, na esteira de uma velha lição, a sentença é

44 Segundo Gustavo Binenbojm (2010), a jurisprudência do STF consagrou como legitimados plenos, universais ou incondicionados, isto é, dos quais não se exige pertinência temática: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Dos restantes, os legitimados condicionados, exige-se pertinência temática. São eles: Mesa de Assembleia Legislativa estadual ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, das confederações sindicais e entidades de âmbito nacional.

45 Gustavo Binenbojm (2010) entende que essa função do Advogado-Geral da União precisa ser vista com temperamentos. De acordo com o autor, para o STF não é obrigatória a atuação do Advogado-Geral da União em defesa da constitucionalidade quando a inconstitucionalidade já está assentada na jurisprudência da Corte. Neste caso, a manifestação prévia do STF já teria derrubado a presunção de constitucionalidade. Porém, segundo Binenbojm, é preocupante a jurisprudência do STF que considera não haver confusão entre as atribuições do Advogado-Geral da União, que, além de curador da presunção de constitucionalidade, é defensor dos interesses da União. Em casos nos quais houver interesse da União em jogo, seria natural desconfiar que “o seu aporte argumentativo não contribuiria para robustecer a contraposição de ideias, mas sim para mascarar os reais intentos da instituição que integra, gerando problemas do ponto de vista da previsibilidade, da coerência e da atuação dos Poderes Públicos.” (BINENBOJM, 2010, p. 175). Por essa razão, parecem comprometidas as teses que, sem ressalvas, indiquem a participação do Advogado-Geral da União como exemplo de exercício do contraditório no processo objetivo de inconstitucionalidade.

46 Luiz Vicente de Medeiros Queiroz Neto admite que a exigência de pertinência temática acaba subjetivando o processo objetivo: “Realmente, a demonstração de adequação temática entre a norma e os objetivos da entidade, da possibilidade de prejuízo ou do interesse, seja direto ou indireto, por parte das entidades corporativas, e a demonstração de que certa norma fere os interesses de um Estado, por parte de seu governador ou da mesa da sua Assembléia Legislativa, denota caráter nitidamente individual. Quando está se perseguindo alguma correlação entre a norma e o ente legitimado (legitimidade ativa *ad causam*), implica a imposição de um interesse de agir por parte do legitimado.” (QUEIROZ NETO, 2003, p. 71, itálico do autor).

norma entre as partes, o exercício do contraditório no processo deve equivaler à aquiescência das partes quanto à sentença a elas aplicada. Essa é a leitura de legitimidade feita por Habermas (2003a, v. 1, p. 145), para quem “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.”

Fazzalari (2006) buscou a legitimidade pelo contraditório a partir de perspectiva semelhante. Para ele, a repercussão do provimento determina quem são os legitimados para agir no processo. Dito de outro modo, aquele cujo patrimônio jurídico puder ser alcançado pelo provimento é o legitimado para agir em contraditório. Assim, a legitimidade do provimento depende da participação no processo daquele que no provimento é interessado.

Dessa sorte, pode-se dizer que tanto para Habermas quanto para Fazzalari, observado o princípio do contraditório no processo, a crença nas virtudes morais do decisor, que lhe permitiriam “enxergar a verdade” e dá-la aos interessados, é substituída por uma construção cooperativa da verdade entre os interessados mediante os argumentos apresentados em concurso⁴⁷.

A força criativa que dá origem ao provimento é substituída por outra em sentido inverso. Se, numa concepção tradicional, a norma ou sentença é dada pelo decisor aos interessados, na perspectiva discursiva, os subsídios para construção da norma ou sentença são dados pelos interessados ao decisor, cujo papel é apenas filtrar o melhor argumento.

Com efeito, Habermas aposta na força do melhor argumento como única coerção admitida em sua teoria que situa a legitimidade no processo. Nesse caminho, pode-se dizer que, sendo o poder do melhor argumento aquilo que deve definir um conflito de interesses num Estado Democrático de Direito, o decisor está limitado por duas garantias que lhe vinculam a considerar os argumentos dos interessados em sua decisão: o dever de fundamentar e a igualdade. Igualdade é preceito basilar da democracia e é por ele que o contraditório revela-se como princípio democrático.

De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves (1992), o enfoque dado por Fazzalari ao contraditório logrou superar a arcaica visão do processo como relação jurídica. Segundo ele, “o modelo clássico de relação jurídica construiu-se sobre a idéia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico.” (GONÇALVES, 1992, p. 74). Inserida a ideia de relação jurídica na teoria do processo, haveria de se sustentar uma oposição entre dois sujeitos, na qual o processo seria

⁴⁷ Habermas (2004, p. 250) assim escreve: “a argumentação tem a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor de ou contra pretensões de validade controversas e serve à busca cooperativa da verdade.”

visto como um constrangimento empregado para submeter um sujeito passivo ao cumprimento de uma prestação em favor de um sujeito ativo. Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 74) observa que “não se vislumbrava outra forma de se organizarem as relações sociais e humanas senão pela opressão, pelos elos de uma tirânica dominação de que, conforme diz, nem o Direito de família com seu conteúdo ético e afetivo escapava”, e ainda conclui:

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. Ressaltou-se, neste capítulo, o quanto foi possível, a idéia de contraditório como *direito* de participação, o conceito renovado de contraditório como *garantia* de participação em simétrica paridade, o contraditório como *oportunidade de participação*, como direito, hoje revestido da especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual. (GONÇALVES, 1992, p. 132, itálico do autor).

Assim, pode-se afirmar que a visão do processo através do contraditório substitui a ideia de constrangimento pela de construção participativa do provimento, de modo que o réu não recebe a citação para defender-se da provocação rival, mas para enriquecer ativamente um debate cuja solução também lhe interessa. Na medida em que o contraditório eleva as partes à condição de autoras do provimento, este deve ser compreendido como objeto da colaboração entre os sujeitos e não da submissão de um ao outro. Por isso, a superação da ideia de processo como relação jurídica aproxima os conceitos de processo e democracia.

O laço dessa aproximação é certamente o contraditório, que, conforme Aroldo Plínio Gonçalves (1992), não é um simples “dizer” ou “contradizer” sobre a matéria controvertida, isto é, não é a simples polêmica, embora esta possa ser o conteúdo. Segundo ele, “o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.” (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Da mesma forma, o contraditório não é apenas uma busca por consenso ou transação, isto é, um acordo a que as partes do processo devem chegar mediante a apresentação de suas razões. O contraditório é um instrumento de ampliação das possibilidades de encontrar-se o melhor argumento, que pode ser apresentado pelas partes, *ou não*. A despeito da participação dos interessados, o melhor argumento pode ser um outro apresentado pelo decisor⁴⁸.

48 Observe-se que o Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) veda ao juiz conceder pedido diferente do

Logo, a questão não é simplesmente fazer com que os interessados participem (assim seria se o contraditório fosse só a polêmica), mas é fazer com que os interessados se envolvam no procedimento de elucidação do problema levado ao decisor.

Do mesmo modo, as audiências públicas no STF não podem ser interpretadas como um seminário a respeito do objeto sob julgamento ou outro evento destinado somente a chamar a atenção da sociedade para determinado tema. As audiências públicas, na medida em que instruem o processo com argumentos levados pelos que debatem, devem ser orientadas a preencher o princípio do contraditório, entendido como legitimador mesmo num processo objetivo.

7.4.2 Igualdade e Imparcialidade

A legitimação do provimento pela igualdade de oportunidades no processo pode também ser depreendida da teoria do discurso.

Como já comentado acima, Habermas (2003a, v. 1, p. 145) acredita que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” Logo, o assentimento dos parceiros do Direito (entenda-se como aqueles a quem a norma se destina) é uma preocupação e é exatamente na busca pelo assentimento que a teoria de Habermas adentra o procedimentalismo. Ele defende que o assentimento deve ser obtido numa justificação possibilitada por procedimentos ideais de discurso:

No início eu mesmo defini o sentido de verdade de modo procedural, a saber como um pôr-à-prova sob as condições normativamente exigentes da prática da argumentação. Essa prática repousa nos pressupostos idealizantes de (a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não violento de uma situação que admite apenas a força não-coerciva do melhor argumento, e (d) a proibição dos proferimentos de todos os participantes. (HABERMAS, 2004, p. 46).

apresentado (art. 460), mas não proíbe que, na decisão, sejam considerados fatos e circunstâncias não alegados pelas partes (art. 131). Sobre o papel ativo, mas ainda imparcial, do juiz na busca do melhor argumento (ou verdade real, na tradicional expressão dos processualistas), é possível indicar obra do Prof. Humberto Theodoro Júnior, na qual assevera que:

“Dentro dessa ótica, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade real. Como ensina FRITZ BAUR, 'antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes'. Essa ativação do juiz - na lição do notável processualista tedesco - visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma 'assistência judicial'. Isto porque 'não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis.'” (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 15).

A meta de um procedimento que assegure condições ideais de discurso é eliminar todas as formas de coação, de modo que se possa considerar apenas a força dos argumentos. Para afastar a coação, deve-se garantir a igualdade entre os participantes do discurso, a partir do que “todos os argumentos disponíveis são considerados e todas as objeções relevantes são esgotadas.” (HABERMAS, 2004, p, 290). Observe-se que, melhor delineando a situação ideal de fala, Habermas recorre sempre à igualdade:

- 1) Todos os participantes potenciais em um discurso devem ter *igual* oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de modo que a qualquer momento possam tanto iniciar um discurso como perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas.
- 2) Todos os participantes no discurso devem ter *igual* oportunidade de formular interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificativas, e de problematizar, fundamentar ou refutar sua pretensão de validade, de modo que nenhum prejulgamento se subtraia a longo prazo da tematização e da crítica [...].
- 3) Para o discurso admitem-se apenas falantes que, como agentes, tenham oportunidades *iguais* de empregar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas posições, sentimentos e desejo. Pois somente a concordância recíproca dos universos de expressão individual e a simetria complementar entre proximidade e distância nos contextos de ação garantem que os agentes, também como participantes no discurso, sejam também verídicos uns com os outros e tornem transparente sua natureza interior.
- 4) Para o discurso só se admitem falantes que, como agentes, tenham *a mesma oportunidade* de empregar atos de fala reguladores, isto é, de mandar e opor-se, de permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de prestar e pedir contas. Pois somente a *reciprocidade* plena das expectativas de comportamento, que excluem privilégios no sentido de normas de ação e valoração que só obriguem unilateralmente, podem garantir que a distribuição formal uniforme das oportunidades de iniciar e continuar uma discussão, seja empregada também faticamente para deixar em suspenso as coações da realidade e passar para a dimensão comunicativa do discurso, dimensão livre da experiência e desobrigada da ação. (HABERMAS, 1984, p. 177 apud REESE-SCHÄFER, 2008, p. 24, *italico* nosso).

É certo que as condições ideais de discurso são irrealizáveis e essa pode ser uma das críticas à teoria. Tal crítica é perfeitamente absorvida por Habermas, que não vê a realização das condições ideais como necessárias à legitimidade de qualquer procedimento, mas trata-as como ideias “contrafáticas” e regulativas. A situação ideal de fala é um horizonte a ser mirado, ainda que não lhe alcancem os passos.

Por isso, em “Verdade e justificação” (2004), Habermas fala reiteradamente em “condições aproximativamente ideais”. Dessa sorte, ele confirma que a legitimidade de uma norma não depende do respeito a condições ideais, mas a condições aproximativamente ideais. Em suas palavras: “uma norma em vigor merece reconhecimento porque e na medida em que seria aceita, ou seja, reconhecida como válida nas condições (aproximativamente)

ideais de justificação.” (HABERMAS, 2004, p. 52).

Em defesa disso, também Alexy destaca que discursos ideais são impossíveis, mas não inúteis. Segundo ele, os discursos reais são desde o início e sempre impregnados de aspirações ideais, de modo que “quem tenta convencer um oponente com argumentos, pressupõe que esse, sob condições ideais, deveria aprovar.” (ALEXY, 2008a, p. 28). Como toda defesa de um ponto de vista almeja encontrar aceitação ideal, Alexy entende que o conceito de discurso ideal encontra sua utilidade sendo uma ideia regulativa que inspira nos discursos reais um objetivo ou ponto final.

Por tudo isso, há de se acreditar que, ainda que a igualdade ideal não seja alcançada, ela deve ser o norte de qualquer processo no Estado Democrático de Direito e a aproximação entre real e ideal deve sempre ser demandada. A igualdade nas oportunidades de participação é requisito para que os interessados cooperem argumentativamente para a construção do provimento e para que este, assim, seja legitimado.

No campo da teoria do processo, igualdade é frequentemente associada a imparcialidade. David Duarte (1996) admite a existência de zonas de aproximação, mas cuida de diferenciar os dois princípios. Em sua opinião, o princípio da igualdade refere-se a uma correção de desigualdades, revelando assim uma preocupação de cunho material. O princípio da imparcialidade, por sua vez, tem natureza formal e limita-se a garantir uma igual consideração dos elementos oferecidos pelas partes do processo.

Assim, parece seguro afirmar que o princípio da imparcialidade é uma decorrência ou aplicação do princípio da igualdade no processo. Tendo natureza formal, seu objetivo, via de regra, não é igualar as partes⁴⁹, mas conservar a igualdade delas, assegurando iguais recursos para participação no processo, a exemplo do tempo, e, por conseguinte, igual proteção de seus interesses.

Além disso, o dever de imparcialidade é garantia das partes contra o decisor na medida em que cerceia a discricionariedade deste último. O princípio da imparcialidade atua na direção de tornar claro que o provimento não é ato solitário do decisor, mas uma construção que se dá no seio da relação processual.

O decisor, orientado pelas balizas oferecidas pelas partes, não pode deixar de considerá-las. Essa é a opinião de David Duarte, para quem o princípio da imparcialidade ordena “que não devem ser considerados interesses que não são relevantes e que devem ser incorporados na ponderação todos aqueles que forem relevantes, de modo a que o decisor

⁴⁹ Isso não significa dizer que jamais se deve admitir tratamento desigual em um processo. Seria ignorar a necessidade de benefícios como a justiça gratuita ou a inversão do ônus da prova, dados a hipossuficientes para igualá-los pelo menos no processo.

chegue a uma ponderação completa.” (DUARTE, 1996, p. 451).⁵⁰

O trabalho intelectual do decisor depende não apenas dele, mas também do material a ele entregue pelas partes. Quando se inclina por uma ou outra parte, ele se alimenta de uma só fonte e empobrece o discurso. Reprovar a parcialidade não é apenas condenar a preferência do decisor por um ou outro interessado em seu provimento, hipótese em que adentra o processo um interesse irrelevante, alheio ao tema. Reprovar a parcialidade é também condenar que se admita a obstrução do progresso discursivo, uma vez que a parte à qual se inflige a imparcialidade tem prejudicada a sua oportunidade de dirigir argumentos, ou, dito na outra forma exposta acima, de fazer afluir interesses relevantes.

Nesse ponto, a propósito, é oportuno um convite de retorno a Habermas, o qual entende que a própria racionalidade do discurso é colocada em perigo quando algum interessado é excluído ou quando suas contribuições são obstadas:

Quando os envolvidos são excluídos da participação, ou temas são abafados, contribuições relevantes são reprimidas, interesses específicos não são honestamente articulados ou convincentemente formulados, quando os outros não são respeitados em sua alteridade, podemos esperar que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou nem sequer sejam exteriorizadas. (HABERMAS, 2004, p. 292).

Pode-se dizer que, do ponto de vista de uma teoria discursiva, a ênfase quanto ao risco da parcialidade não diz respeito apenas à afeição subjetiva por uma das partes, mas ao decréscimo objetivo na quantidade de perspectivas que se apresentariam ao decisor. Segundo David Duarte:

Trata-se de uma arbitrariedade em sentido objectivo, porque não estão em causa privilégios ou prejuízos de terceiros, onde a decisão padeceria de um outro vício da imparcialidade, mas antes de interesses que não chegam sequer a ser avaliados. A imposição de racionalidade decisória, que é particularmente conexas com o princípio da imparcialidade pela sua intervenção logicamente prévia na ponderação, não é contrariada nem se confunde com a integração de interesses irrelevantes na ponderação. (DUARTE, 1996, p. 457).

Esse vício da imparcialidade pode ser chamado, ainda segundo David Duarte (1996, p. 458), de “déficit de material de ponderação”, ou seja, “a não realização procedimental do princípio da aquisição de material para a ponderação.” Também se pode dizer que esse vício se refere a uma falha instrutória no processo, na medida em que negligencia elementos importantes para uma tomada de decisão. Diz o mesmo autor que:

⁵⁰ Ressalte-se que isso não quer dizer que o decisor nada oferece ao processo. A liberdade que ele não tem é a de valer-se apenas da sua visão.

O incumprimento procedimental do princípio da imparcialidade ocorre quando o órgão responsável pela instrução, no domínio em que lhe assiste uma margem de discricionariedade instrutória, não efectua ou efectua finalisticamente de forma inadequada as opções instrutórias de modo a que a actividade de recolha de factos e interesses não chegue à compleição do material necessário para a ponderação (*Vollständigkeit des Abwägungsmaterials*). E a incompleição do material de ponderação é uma categoria que se reporta, não à decisão, mas à preparação da decisão. (DUARTE, 1996, p. 459, itálico do autor).

Mas o que o assunto exposto tem a ver com audiências públicas? A questão é que, quando um provimento qualquer é dado sem audiência dos interessados, não se tem material de ponderação em quantia suficiente. A função da audiência pública é, num processo objetivo, permitir a interessados expor seus argumentos e, assim, cooperar para a ponderação necessária à decisão. A audiência pública, realizada com esse propósito, evita que a ponderação seja parcial, considerando apenas o ponto de vista da autoridade decisora ou, quando muito, dos interessados que lograrem canalizar sua influência por meios ilegítimos ou não acessíveis a todos, como o *lobby*.

Nesse sentido, o princípio da imparcialidade garante a eficácia do contraditório havido no correr do processo, pois obriga à consideração completa dos argumentos oferecidos por todos os interessados, afastado o risco de que o sopesamento⁵¹ do decisor seja viciado.

7.4.3 Fundamentação ou motivação

O princípio da fundamentação e o princípio da motivação são um só. Ambos são decorrência de um dever geral a que está jungido o agente do Estado: de prestar contas da sua atuação.

O uso de duas identidades para o princípio, que não parece proposital, advém possivelmente de seu estudo em separado, ora em sede do Direito Administrativo e ora em sede do Direito Processual. Haja vista que o Código de Processo Civil se refere a “fundamentação” e a legislação de direito administrativo, a exemplo da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), menciona “motivação”, a doutrina também por isso, embora não apenas, desencontrou-se e, com cada estudioso em seu ramo, cuidou do tema sem se dar conta de que todo o ordenamento jurídico está debaixo da Constituição.

Os agentes do Estado, em quaisquer dos três Poderes, sujeitam-se ao princípio

51 As referências feitas a ponderação ou sopesamento, aqui, não querem remeter o leitor ao método de decisão desenvolvido por Robert Alexy e que é conhecido como “sopesamento de princípios” ou “ponderação de princípios”. Usa-se a palavra sem compromisso algum com a teoria alexyana.

democrático e, dessa forma, tanto a decisão da autoridade administrativa quanto a da autoridade judicial devem afastar-se do arbítrio. Caso contrário, o poder da autoridade pública emanaria da própria pessoa da autoridade e não do povo, como apregoa o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

A seguir, o tratamento apartado que se dá ao exame do princípio, cuidando primeiro do Direito Administrativo e depois do Direito Processual, ocorre apenas com a finalidade de situar o problema num e noutro, sem, portanto, intenção de sugerir conclusões outras que não sejam em favor de uma orientação única a partir da Constituição. Ademais, o uso de um ou outro nome não deveria ganhar importância nem mesmo mediante uma análise semântica, uma vez que “motivação” e “fundamentação”, entendidos como “exposição de motivos” e “exposição de fundamentos”, podem facilmente ser tomadas como palavras sinônimas.

A começar pelo Direito Administrativo, entende-se que o princípio da motivação permeia todos os atos que têm neste ramo seu regramento jurídico. Isso porque o agente público, na qualidade de administrador daquilo que não é seu, deve justificar constantemente suas opções, “pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 113). A motivação do ato administrativo é o meio pelo qual os senhores da coisa pública, os cidadãos, podem controlar a razoabilidade da decisão do administrador público.

Embora receba menção em muitos regulamentos especiais, dedicados a subtemas do Direito Administrativo, chama a atenção o tratamento dado ao princípio da motivação na Lei geral de processo administrativo no âmbito federal, a Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), que, no seu art. 50, afirma que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”, acrescentando logo em seguida, no § 1º, que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Se a motivação deve considerar pareceres, informações, decisões ou propostas que se encadearam em um procedimento administrativo antes da decisão, é forçoso concluir que não deve passar ao largo do que foi produzido em audiência pública.

Nesse caminho, apesar de a Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a), como foi falado em seção anterior, só permitir interpretação pela não vinculação das audiências públicas, interessa sublinhar o que diz o art. 34, segundo o qual o resultado de consultas e de audiências públicas deve ser apresentado pela autoridade, seguido da indicação do procedimento adotado.

Se a leitura é feita de forma literal, o art. 34 só obriga a autoridade a apresentar a

solução escolhida, sem qualquer dever relativo à consideração do resultado das consultas ou audiências públicas para a escolha. Essa interpretação transformaria as audiências públicas em um procedimento sem significado, uma vez que a realização delas poderia dar-se para logo a seguir ser esquecida, pois nenhum efeito produziria no tocante à decisão.

Por isso é preferível outra interpretação quanto ao art. 34, uma que dê sentido prático às audiências públicas. Se fica claro que elas não vinculam a decisão, algum outro efeito necessitam provocar. Caso contrário, sua realização e mesmo sua previsão em lei restariam inexplicadas. Se é boa regra hermenêutica não presumir a existência de palavras inúteis na lei, igualmente correto é não presumir a inutilidade de institutos por ela criados.

Entende-se, desse modo, que o artigo 34 da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a) obriga a autoridade decisora a apresentar o resultado das consultas ou audiências, seguido da indicação da solução escolhida, *motivando* sempre a escolha em consideração àquele resultado.

Além dessa interpretação do art. 34 sobre o dever de motivar decisões em consideração a audiências públicas, essa conclusão é também derivada de um *dever geral de motivação* quanto a atos administrativos, advindo do princípio que está estampado nos arts. 2º e 50 da mesma Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 1999a). A respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 112).

A obrigatoriedade de motivar funciona como contrapeso à não vinculação das audiências públicas. Como não vinculam, os argumentos havidos na audiência podem não ser acatados pelo decisor. Porém, o decisor necessita justificar sua escolha contrária ao resultado da audiência. Pelo princípio da motivação, há inversão do ônus da prova contra a autoridade decisora, cabendo a esta demonstrar que sua decisão é a mais adequada em relação às outras possibilidades sugeridas. Isso não é desconsiderar a audiência, é considerá-la ainda que seja para não acatar suas conclusões.

Vencido o exame do princípio da motivação no Direito Administrativo, interessa analisar esse mesmo princípio aplicado ao Direito Processual, aqui conhecido como princípio da fundamentação, segundo já explicado. A Constituição da República de 1988 (BRASIL,

1988) trata especificamente do dever de fundamentação do juiz, exigindo em seu art. 93, inc. IX, que as decisões do Poder Judiciário sejam públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade. Apregoando sua nulidade, a Constituição da República de 1988 afirma que decisão judicial sem fundamentação não é decisão judicial.

No tocante à legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil, Lei n. 5.869/1973 (BRASIL, 1973), trata os fundamentos como requisito essencial da sentença, como se lê do seu art. 458. Igualmente, o Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3.689/1941 (BRASIL, 1941), em seu art. 381, afirma que a sentença deve conter a indicação de seus motivos.

No âmbito do Direito Processual, o princípio da fundamentação pode ser considerado um apêndice do princípio do livre convencimento racional do juiz. Ora, segundo o princípio do livre convencimento racional, o juiz não se vincula a argumentos dos interessados em sua decisão, estando livre para decidir, mas desde que racionalmente e que, por isso mesmo, faça exposição de suas razões de decidir, como ordena o princípio da fundamentação.

Esses princípios não são novidade alguma. A redação original do Código de Processo Civil, de 1973, época de ausência de democracia no Brasil, já previa que o juiz pode convencer-se livre, mas racionalmente, devendo motivar sua decisão. A perspectiva que justificava esse princípio à época, resumida na ideia de persuasão racional do juiz, voltava-se a uma concepção solitária da atividade do juiz. A racionalidade que se esperava presente na decisão era subjetiva, por vezes axiológica. Em tempos em que se apregoa, instala-se e aperfeiçoa-se no país a ideia de democracia, as concepções antiquadas que se agarravam a esses princípios precisam ser vencidas.

André Cordeiro Leal (2002) faz uma perspicaz crítica a essas concepções, que lhe parecem “ser consequência de uma insuficiência teórica que decorre da falta da problematização do tema que se tornou necessária perante a adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito.” (LEAL, 2002, p. 102). Ainda segundo o autor:

A institucionalização do processo efetivada pela Constituição de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador. A justiça não é mais a do julgador, mas a do povo (fonte única do Direito), que a faz inserir nas leis democraticamente elaboradas. (LEAL, 2002, p. 102).

A revisão da teoria sobre o princípio da fundamentação tem grande importância para a derrubada daquelas teses. Ele agora deve ser compreendido como garantia de respeito ao contraditório, na direção de assegurar que a simétrica paridade entre as partes no decurso do

processo encontre reflexo final na decisão, quando esta considerará os argumentos ofertados por todos. De acordo com André Cordeiro Leal:

Não basta, pois, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de pronunciamento, mas que esse pronunciamento seja efetivamente considerado quando da prolatação das decisões, porque se assim não ocorrer, haverá negativa de vigência aos princípios do processo, ou, nos termos da lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, à própria força normativa do texto constitucional [...].

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes do *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade, conforme se colhe das lições de Oliveira Baracho.

Daí, a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes. (LEAL, 2002, p. 104-106, itálico do autor)

Por essa razão, Aroldo Plínio Gonçalves (1992) considera que o princípio da fundamentação fomenta o controle popular das decisões judiciais, resguardando a sociedade contra o autoritarismo e o arbítrio que se manifestem em nome da lei. Mas, sem negar a verdade dessa garantia de controle público, ele opina que o princípio da fundamentação é uma proteção constitucional especialmente dirigida às partes:

Elas [as partes] receberão os efeitos da sentença em seu patrimônio, em seu *universum ius*, efeitos sustentados sobre a apreciação da situação de direito material discutida em contraditório, e se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma conseqüência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram do seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente como juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final. Não é, portanto, demasiado que se tenham as partes como os primeiros destinatários da garantia da fundamentação das decisões. (GONÇALVES, 1992, p. 167, itálico do autor).

Nessa direção, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2005) fala de um inegável entrelaçamento entre o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, unidos como irmãos siameses. Para ele, a fundamentação deve ser situada sempre em consideração ao contraditório, ou seja, como decorrência lógica da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos pelas partes. O autor, a título de conclusão, apresenta quatro razões sobre as quais se assenta a relevância do princípio da fundamentação:

1º) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o

pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal);
2º) tolhimento da interferência de ideologias, de subjetivismos e de convicções pessoais do agente público julgador no ato estatal de julgar;
3º) verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões discutidas no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito (erros judiciários) cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos aos litigantes;
4º) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros que maculam as decisões jurisdicionais. (DIAS, 2005, p. 159-160).

Portanto, ao contrário do que se entendeu no passado, o dever de fundamentação não constrange o juiz a apenas apresentar o itinerário adotado para chegar à sua conclusão⁵². O dever de fundamentação constrange-o a demonstrar suas razões segundo a lógica, claro, mas também em consideração às contribuições levadas aos autos pelos interessados no provimento, uma vez que essas contribuições são justamente o que confere legitimidade a este.

De certo, as contribuições dos interessados no provimento devem ser consideradas na mesma medida, devendo o decisor abster-se de ocupar-se de apenas uma parte delas em sua fundamentação, sob pena de mostrar-se parcial. A fundamentação é, assim, também controle da imparcialidade do decisor, devendo tornar possível um exame que acuse o empobrecimento do discurso, provocado quando os elementos levados aos autos não são todos considerados.

Sobre as audiências públicas, seja no processo administrativo ou no processo de controle abstrato de constitucionalidade, nelas se colhe a contribuição de interessados no provimento. Portanto, o que é oferecido por meio das audiências públicas necessita ser considerado quando da prolação da decisão. O decisor deve, em respeito aos que foram ouvidos e, por conseguinte, em reverência aos princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e da fundamentação, todos em conexão, fundamentar sua decisão a partir da contribuição dos que falaram.

Em caso de decisão de fundamentação insuficiente, isto é, que tenha desconsiderado a contribuição dos ouvidos, além de ter ferido os princípios constitucionais acima apontados, o decisor terá suprimido a própria razão de ser da audiência pública e contradito sua convocação. Tratar-se-ia, portanto, de uma incoerência não apenas jurídica, mas lógica.

52 Parece ser essa a concepção de Piero Calamandrei, pois escreve que:

“A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exactamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.” (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

8 CONCLUSÃO

Feito o desenvolvimento do trabalho, nesta conclusão se afirma que as audiências públicas em sede da jurisdição constitucional não são vinculantes e, no entanto, têm proveito legitimatório. Não deveriam ser vinculantes, sob pena de inviabilizarem-se exigindo participação em demasia dos cidadãos, e não poderiam ser vinculantes, uma vez que isso retiraria a responsabilidade de decidir do STF, o que seria flagrante inconstitucionalidade.

O trabalho legitimatório das audiências públicas depende, na verdade, de sua compreensão como um canal institucional de atuação da esfera pública, por onde a influência originada nesta possa adentrar o sistema jurídico, no caso da jurisdição constitucional. Dessa forma, pelo canal das audiências públicas os interessados num provimento em sede de controle abstrato de constitucionalidade podem alçar suas vozes, em verdadeiro exercício do contraditório.

A audiência pública é um instrumento disponível em boa hora. Embora tenham sido poucas as realizadas até hoje, no âmbito da jurisdição constitucional, sua mera previsão legal já incita à reflexão sobre as dificuldades de se conceber um processo inteiramente objetivo. Ora, se o contraditório é o que legitima o processo, como se pode falar de um processo de controle abstrato de constitucionalidade se nele não há contraditório?

Entende-se que as audiências públicas legitimam o trabalho da jurisdição constitucional precisamente porque mitigam a ausência de contraditório no controle concentrado de constitucionalidade. Dessa forma, elas devem ser compreendidas como uma oportunidade de instrução colaborativa do processo, visando a uma construção final do provimento que seja obra comum.

Dirigem-se as audiências públicas a permitir que os processos objetivos sejam humanizados, para que as teses nele discutidas sejam também humanizadas. Afinal, as teses não são pré-existentes ao discurso, como parecem crer as teorias que privilegiam a técnica. As teses são produto da linguagem e, desse modo, beneficiam-se da maior ampliação possível das condições de discurso, entendido como um lugar onde se pode formar uma vontade racional (HABERMAS, 2003a).

As audiências públicas são uma relevante ampliação das condições de discurso. Nelas se chama à oitiva os interessados no provimento do STF, para que, nesse exercício do contraditório, livrem o controle abstrato de constitucionalidade do risco de consolidar-se como obra solitária de juízes.

Por esse caminho, acredita-se que também se pode evitar que a crescente

proeminência do STF lhe permita assumir um papel paternalista, de superego da sociedade (MAUS, 2000), ocupando aquele espaço que deve permanecer vazio numa democracia, o espaço da identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003).

Com efeito, entende-se que, primando a democracia pela igualdade fundamental de todos os homens, não se pode admitir culto de qualquer espécie a um ou outros, ou mesmo a uma instituição, sob pena de desequilíbrio ou contradição. Nesse sentido, qualquer tentativa de personalização do poder deve ser repelida, o que se faz com maior dificuldade em países de cultura menos impessoal, como o Brasil, onde as hierarquizações permeiam as relações sociais, ainda que veladamente, terminando transplantadas ou reproduzidas no Estado.

Há uma relação entre a visão da identidade cultural como uma ausência, conforme proposta por Rosenfeld (2003), e a visão metafórica da democracia como uma fraternidade de órfãos.

A fraternidade, terceiro anseio do lema inapagável da Revolução Francesa, vista como ideia democrática, precisa ser entendida com cuidado. Se entendida como uma mera reprodução do modelo familiar, reclamará não uma ausência, mas uma presença: a presença do pai dos irmãos nascidos livres e iguais. Mas não há no Estado, como há na família, alguém que tenha precedido os outros e que tenha de responsabilizar-se por eles a ponto de tomar decisões em seu lugar.

Dessa sorte, a democracia só pode ser concebida como fraternidade se imaginarmos irmãos que foram deixados no mundo por si e cuja necessidade de convivência demanda que eles se entendam sozinhos. A interferência de um pai, que nesse caso só pode ser espúrio, uma vez que a natureza não dá pais extrafamiliares, pode criar um ar de conforto e estabilidade, mas, na verdade, embarga o amadurecimento dos cidadãos na medida em que lhes retira autonomia, como explica Menelick de Carvalho Netto:

[...] sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. (CARVALHO NETO in ROSENFELD, 2003, prefácio, itálico do autor).

Ora, quem assume o papel de figura paterna ocupa o lugar do sujeito constitucional e revela-se um intruso na fraternidade dos órfãos. Conforme Rosenfeld (2003), a personificação

do sujeito constitucional deve ser evitada porque, paradoxalmente, o sujeito constitucional tem qualidades intersubjetivas. Diz ele que “nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional.” (ROSENFELD, 2003, p. 40).

Pode-se mesmo cogitar que a cordialidade brasileira (HOLANDA, 1995) tomou partido pela determinação da identidade constitucional, formadora que é de pessoas e não de indivíduos (MATTA, 1981).

Cabe repisar que os homens são indivíduos quando se veem como os fazedores das leis às quais se submetem, revelando e alimentando, assim, sua autonomia, porquanto dispensam a figura provedora de normas que neste trabalho identificamos como o pai. Tendo a cordialidade impellido os brasileiros a verem-se mais como pessoa do que como indivíduo, ela procura fugir da impessoalidade e determinar os sujeitos de seu relacionamento, o que alimenta um anseio por fechar a identidade constitucional, como se fecha uma casa para segurança da família.

Nesse ponto, cabe lembrar que a Constituição do Império de 1824 (BRASIL, 1824) apontou o Poder Moderador como a chave de toda a organização política. Ao lado da discussão, havida àquela época, entre conservadores e liberais sobre que o sentido daria a “chave”⁵³, é oportuno usar a metáfora para lembrar que chave é tanto aquilo que fecha quanto aquilo que abre.

Se o Poder Moderador não foi, portanto, a chave que abriu a organização política brasileira, e tampouco o foram os que buscaram sucedê-lo, não se pode permitir que o STF, hoje, venha a ser chave para fechar discussões. Antes, o STF, para contribuir à consolidação do Estado Democrático de Direito, deve operar como chave de abertura da organização política brasileira, sem embargar a afluência do dissenso de opiniões que é próprio do pluralismo.

Por isso, a determinação da identidade constitucional é indesejável e deve ser repelida pelo STF, que deve fazer com que a Constituição tenha o poder de “ser uma linguagem comum para os mais diversos grupos, indivíduos, cujos projetos de vida podem ser inclusive antagônicos.” (SALCEDO REPOLÊS, 2004, p. 31).

É proveitoso, por conseguinte, voltar a suscitar a proposta de Peter Häberle (1997) de questionar o papel de intérprete da Constituição como algo restrito aos tribunais ou mesmo

53 Diz Menelick de Carvalho Netto (1992) que a divergência consistia em saber se a palavra *clef*, usada no francês por Benjamin Constant, deveria ser traduzida no sentido do que abre todas as portas, ou seja, como a imposição da vontade pessoal do Imperador, como queriam os conservadores, ou no sentido do que fecha, a título de fecho de abóbada, como mecanismo de apoio, como defendido pelos liberais moderados.

aos juristas de profissão. A proposta cuida de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e entende-se que essa abertura é capaz de trabalhar para a indeterminação da identidade do sujeito constitucional.

As audiências públicas são capazes de instrumentalizar essa abertura, na medida em que chamam a sociedade ao debate de teses sobre (in)constitucionalidades, sem necessidade alguma de que os porta-vozes sejam juristas ou que apresentem soluções exclusivamente jurídicas.

Feita essa exposição final, pode-se dizer que o modelo de audiências públicas previsto na legislação brasileira e colocado em prática já se apresenta, como está, como instrumento de legitimação dos trabalhos da jurisdição constitucional.

Isso não quer dizer, todavia, que aperfeiçoamentos não sejam necessários e possíveis. Um aperfeiçoamento é aqui sugerido mediante retorno a uma crítica feita anteriormente quanto a impossibilidade de que a sociedade civil convoque ela mesma a audiência pública. Acredita-se que seria desejável um mecanismo que permitisse à sociedade civil acionar o canal de influência que é a audiência pública, sem aguardar a iniciativa do STF. Possivelmente, esse mecanismo elevaria o número de audiências públicas, até hoje diminuto.

Nesse caminho, a democracia brasileira terá muito a ganhar, seja no tocante à postura daqueles que ouvem (as autoridades públicas) ou daqueles que falam (o povo).

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANULADA audiência em que procurador não fez defesa. *Consultor Jurídico*. 5 mar. 2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-05/anulada-audiencia-procurador-nao-fez-defesa-estar-terno>>. Acesso em 14 jan. 2010.

ARRUDA, Roldão; GALLUCCI, Mariângela. STF abre debate antes de julgar ação contra cotas. *O Estado de São Paulo*. 3 mar. 2010. Disponível em <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100303/not_imp518670,0.php>. Acesso em 19 jun. 2011.

AVOLIO, Jelssa Ciardi; FAURY, Mára Lucia. Enquête. In: AVOLIO, Jelssa Ciardi; FAURY, Mára Lucia. *Dicionário Escolar Francês Michaelis*. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/escolar/frances/index.php>>. Acesso em 25 jul. 2010.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de sociedade civil: uma análise da especificidade do caso brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 269-303.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 4, p. 5-45, out./dez. 1998. Disponível em <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2712&Itemid=129>. Acesso em 19 jan. 2011.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução n. 17, de 1989*. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf>>. Acesso em 22 maio 2011.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. *Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987*. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 22 maio 2011.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 24 maio 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em 24 maio 2011.

BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 08 maio 2011.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em 08 maio 2011.

BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em 21 fev. 2008.

BRASIL. *Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998*. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em 01 fev. 2010.

BRASIL. *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em 26 jul. 2010.

BRASIL. *Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 26 jul. 2010.

BRASIL. *Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 26 jul. 2010.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 93, 1970*. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em 22

maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101-3/DF*. Rel.^a. Min.^a. Cármen Lúcia. TV Justiça, 27 jun. 2008. Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em 08 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-0/DF*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. TV Justiça, 20 abr. 2007. Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em 08 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Despacho em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-DF*. Rel. Min. Carlos Britto. Data da decisão 16 mar. 2007. Publicação DJ 30 mar. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=62&dataPublicacaoDj=30/03/2007&incidente=2299631&codCapitulo=6&numMateria=40&codMateria=2>>. Acesso em 19 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 331*. 24-28 de nov. de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm>>. Acesso em 19 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1157-DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento 1 dez. 1994. Publicação DJ 17 nov. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1157%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1157%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_maio_2011.pdf>. Acesso em 19 jun. 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1971.

CÁRMEN Lúcia rompe tradição e usa calça comprida no STF. *Consultor Jurídico*. 15 mar. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-mar-15/carmen_lucia_usa_calca_comprida_sessao_stf>. Acesso em 28 nov. 2009.

CARTLEDGE, Paul. The Democracy Experiment. *BBC History Homepage*. 5 nov. 2009. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/history/ancient/greeks/greekdemocracy_01.shtml>. Acesso em 10 jun. 2010.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782007000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 3 dez. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei n. 9.784 de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 359-402.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-120.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório ICJBrasil – 3º trimestre/2010*. ICJBrasil. São Paulo: DIREITO GV, n. 6, jul./set. 2010. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/7727>>. Acesso em 21 maio 2011.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório ICJBrasil – 4º trimestre/2009*. ICJBrasil. São Paulo: DIREITO GV, n. 3, out./dez. 2009. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/6621>>. Acesso em 21 maio 2011.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório ICJBrasil – 4º trimestre/2010*. ICJBrasil. São Paulo: DIREITO GV, n. 7, out./dez. 2010. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/7837>>. Acesso em 21 maio 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2. sem. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5, p. 228-260, jan./jun. 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Olympio Editora, 1961, v 2.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

Haidar, Rodrigo. Ministros voltam a discutir em sessão do Supremo. *Revista Consultor Jurídico*. 22 abr. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-22/ministros-batem-boca-vez-sessao-supremo>>. Acesso em 25 maio 2011.

HAMILTON, Alexander. 78 – Os juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JEFFERSON, Thomas. Letter to Mr. Jarvis. In: WASHINGTON, Henry Augustine (Org.). *The writings of Thomas Jefferson*. Washington: 1854, v. 6. Disponível em

- <http://books.google.com/ebooks?id=1mIFAAAAQAAJ&hl=pt-BR&source=gbs_slider_cls_metadata_7_mylibrary>. Acesso em 4 jan. 2011.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Os Bruzundangas*. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua000170.pdf>. Acesso em 22 nov. 2009.
- LIMA, Iara Menezes; MORAES, Anderson Júnio Leal. Subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade. *Cadernos de Pós-Graduação*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 1, n. 1 (nova fase), p. 90-101, jan./jun. 2010.
- LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus principais corolários: contraditório e ampla defesa. *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte, n. 96, p. 161-189, jul./dez. 2007.
- MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Debates políticos na internet: a perspectiva da conversação civil. *Opinião Pública*, Campinas, vol.12, n.1, p. 164-187, 2006. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/op/v12n1/29402.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2011.
- MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p.183-202, nov. 2000.
- MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEDINA, Damares. No Brasil, Amicus curiae só é amigo da parte. *Consultor Jurídico*. 7 set. 2010. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-set-07/entrevista-damares-medina-advogada-constitucionalista>>. Acesso em 19 jun. 2011.
- MILÍCIO, Gláucia. Juiz suspende audiência porque autor da ação calçava chinelos. *Consultor Jurídico*. 21 jun. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-jun-21/juiz_suspende_audiencia_porque_parte_usava_chinelos> acesso 28 nov 2007. Acesso em 13 dez. 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de

Janeiro: Renovar, 1992.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151-168.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de. A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 15, n. 7, jul. 2003. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21660/pertinencia_tematica_requisito_legitimidade.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 jul. 2010.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. *A Democracia Direta*. Disponível em <<http://www.renatojanine.pro.br/FiloPol/democracia.html>>. Acesso em 10 jun. 2010.

RODRIGUES, Flávio. Não só advogados querem ser chamados de doutor. *Consultor Jurídico*. 16 set. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-16/nao-sao-advogados-chamados-doutor>>. Acesso em 22 nov. 2009.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. A construção da identidade do sujeito constitucional em teorias hermenêuticas representativas dos paradigmas de Estado e de Direito Modernos. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, Nova Lima, vol. 3, p. 149-167, 1. sem. de 2004.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. A identidade do sujeito constitucional no Brasil: uma visita aos seus pressupostos histórico-teóricos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*. Belo Horizonte, v. 10, p. 89-102, 2007.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Quem deve ser o guardião da constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação: Cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUSA, Octávio Tarquínio de. *História dos fundadores do Império do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1972. v. 6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna). *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, n. 3, p. 5-23, out./dez. 1999.

TRABALHADOR punido por usar chinelo recusa sapado de juiz. *Consultor Jurídico*. 4 jul. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-jul-04/trabalhador_punido_usar_chinelo_recusa_sapato_juiz>. Acesso em 21 maio 2011.

UNIÃO deve indenizar homem que teve audiência adiada. *Consultor Jurídico*. 4 mar. 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-04/uniao-indenizar-homem-teve-audiencia-adiada-usar-chinelo>>. Acesso em 21 maio 2011.